Die Haftung des Schuldners für Gehülfenverschulden nach § 278 BGB.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristen-Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Robert Jänichen,

Referendar am Kgl. Amtsgericht zu Gerbstedt.

Rostock,

Ww. H. Winterberg's Buchdruckerei

1910.

Referent: Prof. Dr. Matthiass.

Inhaltsverzeichnis.

Erster Abschnitt.

Seite

§ 1. Einleitung: Abgrenzung des Themas und historische Entwickelung des Instituts der Gehülfenhaftung. . 11.

Zweiter Abschnitt.

§ 2. Welches Prinzip liegt dem § 278 BGB. zu Grunde? 21.

Dritter Abschnitt.

§ 3. Die Haftung des Schuldners für die Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient. 42.
I. Die Voraussetzungen der Haftung . . . . . . 42.
a) Schuldner und Verbindlichkeit . . . . . . 42.
b) Verwendung von Gehülfen zur Erfüllung der Verbindlichkeit . . . . 53.
II. Die Haftung selbst. 63.
a) Die schuldhaften Handlungen, die eine Haftung auslösen und ihre Beziehung zur Erfüllung 63.
b) Das Verschulden, insbesondere die Grade desselben. 72.
c) Ausschluss der Haftung. 76.

Vierter Abschnitt.

§ 4. Das Geltungsgebiet der §§ 278 und 831 BGB. . 79.

Literaturverzeichnis.

Abicht, Die Haftung des Übernehmers bei einer Werkverdingung für die Handlungen seiner Gewerbegehilfen. Dissertation Göttingen 1891.

v. Amira, Altschwedisches Obligationenrecht 1882.

Annalen des Oberappellationsgerichts Dresden Bd. 10.

Asmis, Die Haftung des Schuldners für die Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, nach gemeinem Recht, und dem BGB. (§ 278). Dissertation Greifswald 1900.

Baron, Die Haftung für custodia. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 52.

v. Bar, Zur Lehre von der culpa und dem Kausalzusammenhange im Straf- und Zivilrecht, insbesondere auch von der Haftung des Schuldners für Handlungen anderer. In Grünhuts Zeitschrift Bd. 4, S. 21 ff.

Blau, Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Berlin 1902.

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Breitenstein, Haftung für fremdes Verschulden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Dissertation Leipzig 1903.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten Bd. 2, 2. Auflage, Erlangen 1879.

Brückner, Die (privatrechtliche) Haftung für das rechtswidrige Verhalten anderer. Im „Recht“ 1901. S. 299 bis 302, S. 338 bis 342, S. 373 bis 375.

Bruck, Die Obhutspflicht des Mieters und seine Haftung für Dritte. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 27, S. 110 ff.

Burchardi, Über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehilfen bei der Erfüllung von Obligationen. Kiel 1861.

Conradi, Die Haftung des Schuldners für Gehülfen und Substituten. Dissertation Göttingen 1896.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. 1, 1903. 4. Auflage.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. 2, Recht der Schuldverhältnisse. Tübingen und Leipzig 1902.

Dernburg, Pandekten Bd. 2, 7. Auflage 1903.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens. Bd. 2,1 1. und 2. Auflage. Halle 1899.

Dernburg, Lehrbuch des Preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs Bd. 2, 4. Auflage 1889.

Deutsche Juristenzeitung.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches 1. und 2. Auflage 1903, Bd. 1.

Endemannn, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 9. Auflage, 1903.

Enneccerus, Recht der Schuldverhältnisse 4. und 5. Auflage, Marburg 1910, Bd. 1, 2 des Lehrbuchs des Bürgerlichen Rechts von Enneccerus-Kipp-Wolff.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. (cit. R.G.)

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. (cit. R.O.H.)

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Erste Lesung. Amtliche Ausgabe Berlin 1888. (cit. Entwurf I).

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Zweite Lesung. Nach den Beschlüssen der Redaktionskommission. 1.—3. Buch. Auf amtliche Veranlassung. Berlin 1894. (cit. Entw. II.)

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. In der Fassung der Bundesratsvorlage. Auf amtliche Veranlassung. Berlin 1898. (cit. Bundesratsvorlage).

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. In der Fassung der Reichstagsvorlage. 2. Auflage. Berlin 1896 (cit. Reichstagsvorlage).

Feder, Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Berlin 1902.

Fischer, Die nicht auf den Parteiwillen gegründete Zurechnung fremden Verschuldens nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. München 1904.

Fischer-Henle, Handausgabe des BGB. 7. Auflage, München 1906.

Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, Leipzig 1895.

Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung 1887. (cit. Genossenschaftstheorie).

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, systematisch dargestellt Bd. 1, 2. Auflage 1903.

Goldschmidt, Über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen. In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 16, S. 287ff.

Greinert, Die Haftung des Schuldners für die Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient. Dissertation Leipzig 1904.

Gutachten der Juristenfakultät Halle-Wittenberg über ein vom Obergericht Zürich 1847 gefälltes Urteil.

Hartmann, Die Obligation 1875.

Hasse, Die culpa des Römischen Rechts, 2. Auflage, besorgt von A. Bethmann-Hollweg, Bonn 1838.

Hepp, Die Zurechnung auf dem Gebiete des Zivilrechts, insbesondere die Lehre von den Unglücksfällen nach den Grundsätzen des römischen und deutschen Rechts und der neueren Legisaktionen.

Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts. Tübingen 1886, Bd. 2.

Hoffman, Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen. Dissertation Freiburg 1902.

Ihering, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht. Giessen 1867.

Isay, Die Geschäftsführung nach dem BGB. In Fischers Abhandlungen Bd. 6.

Juristische Wochenschrift.

Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem BGB. 1900.

Kuhlenbeck, Recht der Schuldverhältnisse, 3. und 4. Auflage. München 1908, Bd. 2, 1 des v. Staudingerschen Kommentars zum Bürgerlichen Gesetzbuche.

Laband, Zum 2. Buche des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, I. Abschnitt, Tit. 1 bis 3. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 73, S. 161 ff.

Lehmann, Die Haftung des conductor operis für custodia. In der Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung Bd. 9, S. 110—121.

v. Liszt, Die Deliktsobligationen im System des BGB. 1898.

Löffler, Schuldformen des Strafrechts in vergleichender historischer und dogmatischer Darstellung.

Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 5. Auflage, Berlin 1910.

Merkel, Die Kollision rechtmässiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmässigen Handlungen im Hinblick auf den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches 1895.

Meisner, Das Recht der Schuldverhältnisse. Kommentar zum zweiten Buche des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches. Breslau 1898.

Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht mit Berücksichtigung des österreichischen Rechts 1885. (cit. Mitteis Stellvertretung).

Mitteis, Schadenhaftung ohne Verschulden. Im österreichischen Zentralblatt für die juristische Praxis Bd. 15, S. 273 ff.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 2 und 3. Amtliche Ausgabe, 2. Auflage, Berlin 1896.

Monumenta, Germaniae Historica.

Neumann, Magdeburger Weisthümer, Görlitz 1852.

Nussbaum, Haftung für Hilfspersonen nach § 278 BGB., im Vergleich mit dem gemeinen Recht und dem Landrecht Berlin 1898.

Oertmann, Rechtsgrundsätze des Reichsgerichts. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 10.

Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse 2. Auflage 1906.

Oertmann, Zivilistische Rundschau. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 15.

Ortloff, Das Rechtsbuch Johannes Purgoldts nebst statutarischen Rechten von Gotha und Eisenach. Jena 1860.

Pernice, Markus Antistius Labeo. Das römische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit. Halle 1878.

Pfeiffer, Die ausserkontraktliche Haftung für Handlungen dritter Personen nach §§ 831 und 832 BGB. Dissertation Erlangen 1900.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz Bd. 2, 3. Auflage 1907.

Priewe, Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches (§ 278 BGB.) Dissertation Rostock 1902.

Puchta, Pandekten, 12. Auflage, Leipzig 1877.

Puchta, Vorlesungen über das heutige römische Recht, 5. Aufl. Leipzig 1863.

Ramdohr, Rezension der Nussbaumschen Schrift in Gruchots Beiträgen, Bd. 43, S. 270—272.

Rang, Die Haftung des Schuldners für Dritte nach gemeinem Recht. Dissertation Bonn 1886.

Redlich, Die Haftung des Schuldners für die Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient,

nach gemeinem Recht und dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches. Dissertation Greifswald 1901.

Regelsberger, Pandekten Bd. 1, 1893.

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen für das Studium und die Praxis Bd. 2. 1903.

Rümelin, M., Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des Bürgerlichen Gesetzbuches zur objektiven Schadensersatzpflicht. Freiburg i. B. und Leipzig 1896.

Ruprecht v. Freising, Stadt- und Landrechtsbuch. Herausgegeben von v. Meurer. Stuttgart und Tübingen 1839.

Sachsenspiegel, Herausgegeben von Weiske, neubearbeitet von Hildebrand, Leipzig 1905.

Sammlung deutscher Rechtsquellen. Herausgegeben von Wasserschleben, Bd. 1, Giessen 1860.

Salzburgische Taidinge. Herausgegeben von Siegel und Tomascheck. Österreichische Weisthümer, Bd. 1, Wien 1870.

Schneider, Einstehen für Handlungen Dritter nach BGB. §§ 31, 278 und 831, Dissertation Heidelberg 1908.

Schollmeyer, Das Recht der Schuldverhältnisse. Allgemeiner Teil. München 1900.

v. Schwartz, Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen. Dissertation Leipzig 1906.

Schütz, Die Haftung für das Verschulden von Gehülfen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, Dissertation Jena 1901.

Seufferts Archiv.

Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. 1897.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuche. Bearbeitet von Könige, Stranz und Pinner, 8. Aufl., Berlin 1906.

Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts, Bd. 3, 3. Auflage, Berlin 1898.

Thöl, Handelsrecht, 6. Auflage, Leipzig 1879.

Thomas, Der Oberhof zu Frankfurt a. M. und das fränkische Recht. Herausgegeben von Euler, Frankfurt a. M. 1841.

Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichem Recht. Leipzig 1900.

Ubbelohde, Haftpflicht der Eisenbahnverwaltung u. s. w. Im Magazin für Hannoversches Recht, Bd. 9, S. 191 ff.

Ubbelohde, Wie weit haftet nach gemeinem Recht der Schuldner als solcher für diejenigen Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient? In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 7, S. 199 ff.

Unger, Handeln auf eigene Gefahr. In Iherings Jahrbüchern, Bd. 30, S. 363 ff.

Verhandlungen des siebzehnten Deutschen Juristentages, Bd. 1 und 2, 1884.

Wenglers Archiv.

Wertheimer, Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches. Dissertation Erlangen 1900.

Weinreich, Die Haftung des Schuldners für die Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient nach § 278 BGB., Dissertation Leipzig 1908.

Wilda, Das Strafrecht der Germanen 1842.

Wimmer, Die Haftung für das Verschulden von Gehülfen. Dissertation Leipzig 1904.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2, 8. Auflage, 1900.

Wolff, Die Haftung für dritte Personen nach dem BGB. Dissertation Rostock 1907.

Wüstendörfer, Der § 278 BGB. im Lichte des römischen Rechts. Dissertation Strassburg 18P7.

v. Wyss, Die Haftung für fremde culpa nach römischem Recht. Zürich 1867.

Erster Abschnitt.

§ 1.

Einleitung.

Abgrenzung des Themas und historische Entwickelung des Instituts der Gehülfenhaftung.

Wir haben als Titel unserer Arbeit „Die Haftung des Schuldners für Gehülfenverschulden nach § 278 BGB." gewählt. Daraus ist sofort ersichtlich, dass die Haftung für den gesetzlichen Vertreter, die im § 278 BGB. ebenfalls geregelt ist, uns nicht beschäftigen wird; denn dieser ist nicht Gehülfe im technischen Sinne.

Zu dieser Begrenzung des Themas führte uns vor allem das Bestreben, der Arbeit einen möglichst einheitlichen, geschlossenen Charakter zu geben und Zersplitterung zu vermeiden.

Wem aber speziell der gesetzliche Vertreter interessiert, der sei auf die Kommentare verwiesen, und auf die allerdings mit Vorsicht aufzunehmenden Ausführungen bei Feder,[1] der die Materie S. 24/25 eingehend behandelt.

Nach diesen orientierenden Bemerkungen erscheint es angängig, auf das Thema einzugehen, dass zunächst von der historischen Seite zu behandeln ist; denn die Gehülfenhaftung im § 278 BGB. ist nicht ein Institut, dass — wenn ich einmal so sagen darf — über Nacht neu geschaffen wurde, sondern hat eine lange Entwickelung durchgemacht.

---

[1]) Feder: Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche 1902.

Bei dem grossen Einfluss, den das römische Recht auf diese Entwickelung genommen hat, mag auf dieses zunächst eingegangen werden.

Weiterhin werden dann die Anfänge des Instituts im alten deutschen Recht zu verfolgen sein, bis wir endlich nach kurzem Eingehen auf das gemeine Recht und die neueren Gesetzgebungen beim § 278 BGB. anlangen.

Wie alle Völker, so stehen auch die Römer in der ersten Epoche ihrer Rechtsentwickelung bezüglich der Schadenshaftung auf dem Standpunkte des Veranlassungsprinzips.[2] Der naiven Anschauung ist die Tatsache der Schädigung das Ausschlaggebende; wer hierfür kausal war, den trifft die Haftung. Dem subjektiven Moment des Willens wird auf dieser Stufe noch keine Bedeutung beigemessen.

Allmählich, mit dem Aufsteigen zu einer höheren Kultur, geht man dazu über betreffs der Schadenshaftung auf die innere Kausalität der Tat, auf das Verschulden, abzustellen.

Jetzt gilt der Satz: „Nicht der Schaden verpflichtet zum Schadensersatz, sondern die Schuld.“[3] Nur wenn dem Willen die Tat zum Vorwurf angerechnet werden kann, ist eine Verantwortlichkeit gegeben. Das Verursachungsprinzip wird vom Kulpaprinzip abgelöst.

Diesem Prinzip entsprechend, war nun im römischen Recht eine Haftung für Gehülfen zunächst nur unter dem Gesichtspunkt eigener Kulpa anerkannt. Nur wenn der Prinzipal bei der Auswahl (culpa in eligendo) oder bei der Beaufsichtigung der Gehülfen (culpa in custodiendo) etwas versehen hatte, trat er rechtlich für deren Schädigungshandlungen ein.

Von dieser allgemeinen Regel wurden jedoch überall dort Ausnahmen zugelassen, wo sich das fliessende Leben an den starren Formen

---

[2]) Vergleiche hierzu Pernice: „Labeo“ 1. Auflage, Bd. I S. 217, 127, Bd. II S. 238 ff. Ihering: „Das Schuldmoment im römischen Privatrecht“ S. 40, 41. Mitteis: „Schadenhaftung ohne Verschulden“ im österreichischen Zentralblatt für die juristische Praxis Bd. 15, S. 274.

[3]) Ihering a. a. O. S. 40.

der Theorie rieb, und die Sicherheit des Verkehrs eine abweichende Regelung verlangte. Hier wurde eine Haftung für fremdes Verschulden statuiert und damit das Kulpaprinzip durchbrochen.

Alle diese Fälle haben das Gemeinsame, dass hier die Interessen des Geschädigten durch die blosse Verweisung an den Schuldigen nicht genügend gewahrt erscheinen, und es daher aus irgend einem Grunde der „aequitas" entspricht, die Haftung einer dritten, mit dem Schuldigen in rechtlichen oder auch nur persönlichen Beziehungen stehenden Person aufzuerlegen.

Wenn wir nun in diesen, weiter unten anzuführenden Fällen von einer Durchbrechung des Kulpaprinzips sprechen, so müssen wir allerdings gleich hier darauf hinweisen, dass dies nicht allgemein anerkannt wird. So hat neuerdings Nussmann[4] den Nachweis zu führen gesucht — u. E. mit wenig einleuchtenden Gründen, — dass alle diese Fälle mit dem Verschuldensgrundsatz im Einklang ständen. Im Rahmen dieser kurzen historischen Skizze müssen wir uns jedoch ein Eingehen auf diese Frage versagen und schliessen uns daher im folgenden an Dernburg[5] an.

Besonders brennend wurde die Frage der Haftung für fremde Schädigungshandlung in ausserkontraktlichen Verhältnissen.

Das alte Zivilrecht, neuen Gedanken wenig zugänglich, beschränkte sich hierbei auf die Haftung des Hausherrn für Gewaltunterworfene, mit der Möglichkeit der Befreiung durch „noxae datio."[6]

Dagegen ging der Prätor mit klarem Blick für die Anforderungen einer neuen Zeit darüber hinaus, und fügte der bestehenden Noxalhaftung neue Fälle hinzu.

Die Haftung des pater familias für seine familia, die einen Besitzer gewaltsam aus dem Grundstück dejiziert hatte, mit dem interdictum de vi,[7] die Haftung der publicani für die Gewalttaten,

---

[4]) Vergl. Nussbaum: Haftung für Hilfspersonen S. 7 ff.

[5]) Dernburg: Pandekten Bd. II, § 38, S. 105—108.

[6]) Vergl. Cit. Inst. „De noxalibus actionibus" 4, 8; tit. Dig. „De noxalibus actionibus" 9, 4; tit. Cod. „De noxalibus actionibus" 3, 41.

[7]) Vergl. l. 1, § 11 D. „De vi et de vi armata" 43, 16: Ulpianus libro sexagensimo nono ad edictum: Ait praetor: deiecisti aut familia

Diebstähle und Sachbeschädigungen ihrer familia,[8] die der nautae, caupones und stabularii,[9] und endlich das Einstehen des habitator für die von Dritten durch Herabgiessen von Wasser oder Herabwerfen von Gegenständen aus seiner Wohnung verursachte Schädigung von Passanten mit der actio de effusis et deiectis,[10] sind solche Beispiele prätorischer Rechtsschöpfung, denen sich die im ädilizischen Edikt statuierte Haftung des wegen heimlicher Mängel redhibierenden emptor für Beschädigungen der Kaufsache durch die familia oder procuratores würdig anschloss.[11]

Bezüglich der Haftung für fremde Schuld in kontraktlichen Verhältnissen ist neben den actiones adiecticiae qualitatis,[12] mit denen der dominus für das Verschulden seiner Sklaven, Haus-

---

deiecit." merito familiae mentio: nam cum „deiecisti verbum refertur ad personam eius qui deiecit nec pertineat ad eum, cuius familia deiecit (nec enim ego videor deiecisse, si familia deiecerit) consequens fuit addere aut familia tua deiecit.

[8]) Vergl. l 1, pr. und § 5 D. „De publicanis" 39,4. l. 1, pr. Ulpianus libro quinquagesimo quinto ad edictum: Praeter ait: „Quod publicanus eius publici nomine vi ademerit quodve familia publicanorum si id restitutum non erit, in duplum aut, si post annum agetur in simplum iudicium dabo, item si damnum iniuria furtumve factum esse dicetur iudicium dabo. si id ad quos ea res pertinebit non exhibebitur, in dominos sine noxae deditione iudicium dabo." l 1, § 5. Familiae nomen hic non tantum ad servos publicanorum referemus, verum et qui in numero familiarum sunt publicani, sive igitur liberi sint sive servi alieni, qui publicanis in eo vectigali ministrant, hoc edicto continebuntur. proinde et si servus publicani rapuit von tamen in ea familia constitutus, quae publico vectigali ministrat hoc edictum cessabit.

[9]) Vergl. l 6 und 7 D. „Nautae, coupones stabulurii ut recepta restituant" 4,9 und l 1 D. „Furti adversus nautas."

[10]) Vergl. l 1, pr. D. „De his, qui effuderint vel deiecerint". 9,3: Ulpianus libro vicensimo tertio ad edictum: Praetor ait de his, qui deiecerint vel effuderint: „Unde in eum locum, quo vulgo iter fiet vel in quo consistetur, deiectum vel effusum quid erit, quantum ex ea re damnum datum factumve erit, in eum qui ibi habitaverit, in duplum iudicium dabo."

[11]) Vergl. l 25 pr und § 1 D. „De aedilicio edicto" 21,1: Ulpianus libro primo ad edictum aedilicium curulium: Aediles etiam hoc praestare emptorem volunt, si in aliquo deterior factus sit, servus, sed ita demum si post venditionem traditionemque factus sit: ceterum si ante fuit, non pertinet ad hoc iudicium quod ante factum est. Sive ergo ipse deteriorem eum fecit sive familia eius sive procurator, tenebit actio.

[12]) Vergl. speziell l 5, § 8 D. „De institoria actione" 14,3; l. 19 pr. D. „De institoria actione 14,3. Tit. D. „De exercitoria actione" 14,1; l 5, § 3 D. „De doli mali exceptione" 44,4.

kinder und Geschäftsführer aus den von diesen geschlossenen Kontrakten eintrat, besonders der Haftung des conductor operis[13] zu gedenken, auf die wir weiter unten bei der Betrachtung des gemeinen Rechts zurückkommen werden.

Im alten deutschen Rechte, das betreffs der Schadenshaftung ebenfalls dem rohen Veranlassungsprinzip huldigte,[14] war von Anfang an ganz entsprechend der Haftung des römischen pater familias für Gewaltunterworfene, deren Wurzeln ja auch noch bis zum Veranlassungsprinzip hinaufreichen, eine Haftung des Hausherrn für die seinem Herrschaftsverbande unterstehenden Personen der Hausgenossenschaft, zu denen auch die Leibeigenen zählten, anerkannt.[15] Es musste der Herr — wie die Volksrechte berichten — den von seinen Kindern und Leibeigenen angerichteten Schaden nach Analogie des Tierschadens ersetzen, wobei ihm die Wahl zwischen Schadensersatz oder Zahlung einer festen Busse blieb.[16]

Jedoch galt dies nicht ausnahmslos. Einige Rechte suchten vielmehr die Haftung zu mildern, und gaben dem Hausherrn als

[13]) Vergl. l. 25, § 7 D. „Locati conducti" 19,2: Gaius libro decimo ad edictum provinciale: Qui columnam transportandam conduxit, si ea dum tollitur aut portatur, ant reponitur fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit: culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset. idem scilicet intellegemus et si dolia vel tignum transportandum aliquis conduxerit: idemque etiam ad ceteras res transferri podest.

[14]) Vergl. hierzu Heusler: Institutionen des deutschen Privatrechts Bd. 2 § 129 S. 263; Wilda: Strafrecht der Germanen 1842, S. 552, „Es galt als Regel, dass man jeden Schaden ersetzen musste, dessen, wenn auch unschuldige Veranlassung man geworden war. Der hatte also die Last des Geschickes zu tragen, der gleichsam das willenlose Werkzeug in der unsichtbar lenkenden Hand gewesen, nicht derjenige, welcher dadurch eigentlich betroffen schien." Siehe auch v. Amira: Altschwedisches Obligationenrecht Bd. 1 S. 389 und Bd. 2 S. 411. Hepp: Die Zurechnung auf dem Gebiete des Zivilrechts, insbesondere die Lehre von den Unglücksfällen nach den Grundsätzen des römischen und deutschen Rechts und der neueren Legisaktionen Tübingen 1838 S. 121 ff. Löffler: Schuldformen des Strafrechts in vergleichender historischer und dogmatischer Darstellung.

[15]) Vergl. hierzu sowie zum Folgenden: Stobbe-Lehmann: Handbuch des deutschen Privatrechts Bd. 3 1898 § 264 S. 547 ff.

[16]) Vergl. Stobbe-Lehmann a. a. O.; l. Sax. 51; l. Ang. et Wer. 59

Mittel der Haftungsbefreiung die Auslieferung des Schädigers an den Beschädigten[17] an die Hand, was möglicherweise auf römische Einflüsse zurückzuführen ist.

In den späteren Quellen tritt die Haftung des Herrn für seine Leibeigenen zurück und verschwindet, je mehr sich die Hausgenossenschaft lockerte, mit dem Aufkommen des freien Gesindeverhältnisses, allmählich ganz.[18]

Bezüglich der Haftung für Gesinde, wird kein einheitliches Prinzip verfolgt.

Manche Quellen verneinen die Haftung,[19] andere wieder lassen sie zu, wenn auch teilweise nur beschränkt.[20]

Eine Haftung des Schuldners für Gehülfen, hat man in späterer Zeit jedenfalls gekannt; denn hier und da wird in den Quellen davon gesprochen.[21] Doch verdichtete sich die hier vom deutschen Recht entwickelte Kasuistik nirgends zum allgemeinen Grundsatz, obwohl Ansätze hierzu vorhanden waren, wie aus der Bemerkung Ruprechts von Freising: „das ist darumb gesetzt, das man siecht voran dy wirtleut und nicht dj eehaltenn“[22] hervorgeht.

So blieben die Verhälinisse in Deutschland bis zur Reception.

Das eindringende römische Recht mit seinem im allgemeinen doch festgehaltenem Verschuldungsgrundsatz, von dem man nur

---

[17]) Vergl. Stobbe-Lehmann a. a. O. und Wilda a. a. O. S. 556ff; ferner l. Visig. VII 1, 1; VI 4, 10; VIII 4, 12; l. Baiuw. VIII, 9; l. Burg: XXI, § 2; tit. 2, § 3, 5, 6; tit. 18, § 1.

[18]) Vergl. Stobbe-Lehmann a. a. O.

[19]) So Salzburgische Taidinge. Herausgegeben von Siegel und Tomaschek; Österreichische Weisthümer, Wien 1870 S. 55, Z. 27.

[20]) So Sachsenspiegel Buch II Art. 32 § 1 und das Rechtsbuch Johannes Purgoldts nebst statutarischen Rechten von Gotha und Eisenach. Herausgegeben von Ortloff Jena 1860, Buch XI, 53; Buch III, 20.

[21]) Vergl. „Glogauer Rechtsbuch“ in der Sammlung deutscher Rechtsquellen Bd. 1. Herausgegeben von Wasserschleben c. 600; Neumann: Magdeburger Weisthümer no. 47a 1474; Thomas: Der Oberhof zu Frankfurt a. M. und das fränkische Recht 1841 S. 318 Nr. 52.

[22]) Ruprecht von Freising Land- und Stadtrechtsbuch. Herausgegeben von v. Meurer II cap. 39.

notgedrungen einige Ausnahmen statuiert hatte, bildete für die weitere Ausbildung der Haftung für Dritte keinen günstigen Boden, zumal da die Institute der Noxalhaftung und der Haftung mit den adjektizischen Klagen durch Wegfall der Sklaverei an Bedeutung verloren hatten.

Aber zunächst fehlte auch das Bedürfnis nach einer ausgedehnteren Haftung für Dritte.

Erst die wirtschaftlichen Umwälzungen in der ersten Hälfte des neunzehnten Jahrhunderts, die eine vermehrte Verwendung von Hilfskräften nötig machten, — ich erinnere hier an den Übergang von extensiver zn intensiver Wirtschaft auf dem Gebiete der Land- und Forstwirtschaft, an das Aufkommen der Verwendung von Dampfkraft, so wie an den Fall der alten Zunftverfassung —, liessen den Wunsch nach einer Haftung für Angestellte wieder rege werden.

Das gemeine Recht griff auf die locatio conductio operis zurück, nach welcher der Unternehmer bei der Werkverdingung für das Verschulden seiner Gehülfen unbedingt einzustehen hatte, und half damit den ärgsten Missständen ab.

Freilich versuchten einige Pandektisten, von denen in der Folgezeit namentlich Windscheid zu erwähnen ist, die unbedingte Haftung des conductor operis als den Quellen zuwiderlaufend hinzustellen.[23] Aber diese Ansicht ist von der herrschenden Meinung nicht geteilt worden, die vielmehr die unbedingte Haftung des Werkunternehmers für seine Gehülfen, wie sie von Dernburg am klarsten ausgesprochen wurde, als den Quellen entsprechend verteidigte.[24]

---

[23]) Vergl. Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts 8. Auflage 1900 Bd. 2 § 401, insbesondere Anmerkung 5. Goldschmidt: Zeitschrift f. Handelsrecht Bd. 16, S. 356 ff.; Hasse: Die culpa des Römischen Rechts Kap. 12, S. 404 ff.; Thöl: Handelsrecht 6. Auflage 1879 Bd. 1 § 86 S. 300 bis 302; v. Wyss: Die Haftung für fremde culpa nach römischem Recht 1867 S. 93 bis 107, insbesondere S. 106 und 107.

[24]) Vergl. Dernburg: Pandekten Bd. 2, § 38, S. 105—108, namentlich auch Anmerkung 8. Brinz: Lehrbuch der Pandekten 2. Auflage 1879. Bd. 2, § 270, S. 277 ff. Dernburg: Lehrbuch des Preussischen Privatrechts 4. Auflage 1889, Bd. 2 § 68 S. 165. Ubbelohde: im Archiv für

Die Praxis der Gerichte schloss sich der herrschenden Meinung an[25] und ging noch einen Schritt weiter, indem sie den zunächst nur für den conductor operis anerkannten Grundsatz des unbedingten Einstehens für Gehülfen auf alle Rechtsverhältnisse ausdehnte, in denen die Herbeiführung eines Erfolges übernommen war.[26]

Es hatte sich dieser Gedanke der unbedingten Haftung für Gehülfen über das Gebiet der locatio conductio operis hinaus im Volksbewusstsein so festgesetzt, dass das Reichsoberhandelsgericht bezüglich der Haftung der grossen Transportanstalten geradezu von einem deutschen Gewohnheitsrecht sprach.[27]

In den achtziger Jahren ist dann die Entwickelung bereits so weit vorgeschritten, dass der Antrag von Enneccerus auf dem siebzehnten Deutschen Juristentage, jeder Schuldner solle für seine Gehülfen einstehen, einstimmig angenommen wurde.

Das letzte Glied in dieser Kette bildete der § 278 BGB., der allerdings in den neueren Gesetzgebungen bereits Vorläufer gefunden hatte.

Das allgemeine Landrecht, wie das österreichische und sächsische Bürgerliche Gesetzbuch bewegen sich noch ganz in der römisch-rechtlichen Anschauungsweise.[28]

praktische Rechtswissenschaft Bd. 7 S. 229 ff.; im Magazin für Hannoversches Recht Bd. 9, S. 191—213; in der Zeitschrift f. Handelsrecht Bd. 7 S. 199—295. Puchta: Pandekten 12. Auflage 1877, § 367 S. 543; Vorlesungen über das heutige römische Recht 5. Auflage 1863, Bd. 2 § 302 S. 161. Baron: im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 52, S. 56/57. Lehmann: in der Zeitschrift der Savignystiftung, romanistische Abteilung Bd. 9, S. 110—121, 20. Band der Zeitschrift für Rechtsgeschichte. Burchardi: Über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen bei der Erfüllung von Obligationen 1861, S. 134, 148, 150 ff, 160, 162 ff Rang S. 39. Asmis S. 26. Abicht S. 21 ff., S. 28. Wüstendörfer S. 51 ff

[25]) Vergl. R. O. H. Bd. 13 Nr. 25 S. 76 ff.; Bd. 12 Nr. 23 S. 78 ff; Bd. 21 Nr. 93 S. 284 ff. RG. Bd. 10 Nr. 45 S. 165 ff.; Bd. 23 Nr. 16 S. 90 ff. Seufferts Archiv Bd. 38 Nr. 20; Bd. 39 Nr. 11; Bd. 35 Nr. 202 S. 289 ff.; Bd. 30 Nr. 144 S. 213 ff.; Bd. 7 Nr. 172 S. 203 ff.

[26]) RG. Bd. 33 Nr. 36 S. 169—171.

[27]) Vergl. R. O. H. Bd. 12 Nr. 23 S. 79; Bd. 21 Nr. 93 S. 286. Seufferts Archiv Bd. 34 Nr. 212 S. 309; Bd. 39 Nr. 302 S. 411.

[28]) Ja sie blieben sogar hinter das römische Recht zurück; denn das österreichische Bürgerliche Gesetzbuch kennt eine Haftung des conductor operis überhaupt nicht, und in Sachsen wurde sie nur in das Gesetz hineininterpretiert. Vergl. Annalen des Oberappellationsgerichts zu Dresden. N. F. 10 S. 499 ff. und Wenglers Archiv Bd. III. S. 19 ff. und S. 34 ff.

Anders der code civil, der neben der Haftung des conductor operis [29] im Artikel 1384 eine allgemeine Gehülfenhaftung aussprach, ohne dabei einen Unterschied zwischen kontraktlichen und ausserkontraktlichen Schädigungen zu machen. Der Wortlaut des Artikels ist folgender: On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, on des choses, que l'on a sous sa garde.

Le père et la mère après le décès du mari, sont responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux.

Les maîtres et les comettants du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés.

Les instituteurs et les artisans, du dommage causé par leurs éléves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance.

La responsabilité ci — dessus a lieu, à mois que les père et mère, instituteurs et artisans, ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité.

Man geht wohl nicht fehl, wenn man in dieser wahrhaft grosszügigen Regelung der Materie ein Zurückgreifen auf alte deutsch-rechtliche Gedanken erblickt, auf die Haftung des Hausherrn für die seinem Herrschaftsverbande unterstehenden Personen. Wie dem aber auch sein mag, jedenfalls bedeutet der Artikel 1384 eine völlige Abkehr von den römisch-rechtlichen Normen.

Gleiche Bahnen schlug die anglo-amerikanische Rechtsprechung ein, und kam in Anwendung der Sätze: qui facit per alium, facit per se und respondeat superior ebenfalls zu einer allgemeinen Gehülfenhaftung sowohl in kontraktlichen, wie ausserkontraktlichen Verhältnissen.[30]

---

29) Vergl. art. 1797, 1799 c. c.

30) Vergl. v. Bar: Zur Lehre von der culpa und dem Kausalzusammenhange im Straf- und Zivilrecht, insbesondere auch von der Haftung des Schuldners für Handlungen anderer; in Grünhuts Zeitschrift Bd. 4 S. 72.

Bemerkenswert sind in diesem Zusammenhange auch die Artikel 61, 62 und 115 des schweizerischen Obligationenrechts vom 14. Juni 1881, die die Haftung für Gehülfen unter Trennung von kontraktlicher (Art. 115) und ausserkontraktlicher Haftung (Art. 61, 62) erschöpfend und in einer für das deutsche bürgerliche Recht vorbildlich gewordenen Weise regelten.[31]

Von den neueren deutschen Gesetzen statuierte zunächst das alte HGB. in Artikel 52 eine Haftpflicht des Prinzipals für kontraktliche culpa seiner Handlungsbevollmächtigten und Prokuristen, der sich in den Artikeln 395, 400, 451, 452 Nr. 3, 736, 740, 607 die Haftung des Frachtführers für seine Leute bei Ausführung des von ihm übernommenen Transports und des Reeders, sowohl für kontraktliche,[32] wie ausserkontraktliche Schädigungen der Schiffsleute anschloss.[33]

Einen weiteren Schritt vorwärts tat dann das Reichshaftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871, das im § 1 den Unternehmer eines Eisenbahnbetriebes für jeden „bei dem Betriebe“ entstandenen Schaden bis zur höheren Gewalt haften lässt, wenn er nicht beweist, dass der Unfall durch eigenes Verschulden des Getöteten oder Verletzten entstanden ist. Damit war also gesagt, dass der Unternehmer sowohl die schuldhaften Handlungen seiner kontraktlichen Arbeiter und Angestellten, als auch die jedes Dritten, der innerhalb der Betriebssphäre tätig wird, zu vertreten hat, eine Haftung, die bis dahin unerhört war.

Der § 2 desselben Gesetzes setzt die Haftpflicht der Unternehmer von Bergwerken, Fabriken, Gräbereien und Steinbrüchen fest, die jedoch zum Unterschiede von der im § 1 normierten Haftung sich nur auf bestimmte höhere Angestellte erstreckt, für die von diesen „in Ausführung ihrer Dienstverrichtungen“ begangenen Schädigungen.

---

[31]) Vergl. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich 2. Auflage 1896 Bd. 2 S. 30.

[32]) Für diese jedoch nur mit Schiff und Fracht, also nicht persönlich. Vergl. Artikel 452 Nr. 2.

[33]) Diese Haftung des Reeders diente als Vorbild für die in den §§ 3, 59 des Binnenschiffahrtsgesetzes vom 15. Juni 1895 ausgesprochene Haftung des Schiffseigners.

So war der Boden allerwärts gelockert und wartete des Säemanns.

Der Same fiel und zeitigte herrliche Früchte, die §§ 278 und 831 BGB.

Zweiter Abschnitt.

§ 2.

Welches Prinzip liegt dem § 278 BGB. zu Grunde?

Es sind, als man sich in der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts eingehend mit der Frage der Haftung für Dritte beschäftigte, in der Literatur eine Reihe von Prinzipien aufgestellt worden, die alle den Anspruch erheben, die richtige Begründung für die vom Verschuldensgrundsatz abweichenden Fälle der Schadensersatzpflicht zu geben.

Es lassen sich diese Theorien in zwei Gruppen teilen, von denen die erste alle Fälle der objektiven Schadensersatzpflicht zu erklären sucht, während die zweite sich damit begnügt, die Haftung des Schuldners für seine Gehülfen zu begründen.

Da diese Prinzipien häufig zur Auslegung des § 278 BGB. herangezogen werden, und die Motive auch dieses Vorgehen zu sanktionieren scheinen, muss hier näher darauf eingegangen werden.

Dabei ist jedoch gleich eingangs zu bemerken, dass, wenn wir auch das Suchen nach einem Prinzip nicht wie Fischer[1] als wertlose Spielerei ansehen wollen, wir doch unter keinen Umständen das allgemein beliebte Verfahren, das aus der Norm abgeleitete Prinzip wieder auf diese zurückgehend nun bei der Auslegung zu verwerten, gut heissen können.

---

[1]) Vergl. Fischer: Die nicht auf den Parteiwillen gegründete Zurechnung fremden Verschuldens nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche 1904 S. 45.

Das Unlogische eines solchen Verfahrens ist in die Augen springend.

Wenn man ohne allgemeines Prinzip nicht glaubt auskommen zu können, dann entwickele man eins. Gut!

Nunmehr ist aber die Gesetzesstelle ohne Voreingenommenheit und ohne dieses Prinzipienrüstzeug lediglich auf Grund des Textes zu interpretieren.

Das so gefundene Resultat mag man dann mit dem vorher gefundenen Prinzip vergleichen und so das Prinzip als Prüfstein richtiger Auslegung verwenden. Niemals aber ist ihm ein anderer Wert beizumessen; denn für die Auslegung selbst darf, um es noch einmal hervorzuheben, einzig und allein das Gesetz eventuell unter Berücksichtigung seiner Vorgeschichte massgebend sein.

Nunmehr sollen die wichtigsten dieser Prinzipien der Reihe nach erörtert werden, unter besonderer Berücksichtigung der Frage, ob etwa die eine oder andere der Theorien dem BGB. zu Grunde liegt, oder ob sie wenigstens die ratio für die Haftung aus § 278 BGB. bildet.

Auszugehen ist von den Theorien, die allgemein für die objektive Schadensersatzpflicht aufgestellt sind; weiter unten werden sich dann die für die Haftung des Schuldners für seine Gehülfen entwickelten anschliessen.

Gierke [1] meint die Haftung für fremdes Verschulden aus dem dem Uranwendungsfall des deutschen Rechts zu Grunde liegenden Herrschaftsverhältnis der Hausherrn über die zu seinem Herrschaftsverbande gehörenden Personen erklären zu können und bemerkt hierzu Seite 803: „Der Ursprung aller Haftung für fremdes Verschulden liegt in der ehemaligen Einheit des häuslichen Verbandes, den der Hausherr als Träger dieser Einheit nach innen zu beherrschen und nach aussen zu vertreten hatte. Immer aber ist, bei allen Verzweigungen des Phänomens der eigentliche Grund der Haftung ein Herrschaftsverhältnis geblieben, vermöge dessen in einem bestimmten Bereiche die Per-

---

[2]) Vergl. Gierke: Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung 1887 S. 803 ff.

sönlichkeit durch eine ihrer Willensbetätigung als Werkzeug dienende fremde Persönlichkeit erweitert wird und mit dem Zuwachs an Willensmacht nun auch eine entsprechende Verantwortlichkeit für Willensfehler in dieser Sphäre übernehmen soll. Die Haftung erscheint somit als Ausfluss einer eigenartigen Personenverbindung, welche ihren personenrechtlichen Typus selbst da nicht verleugnet, wo das positive Recht sie in das Obligationenrecht verweist."

Die Schwäche dieser Theorie liegt in der Folgerung, dass der eigentliche Grund der Haftung für fremdes Verschulden auch jetzt noch ein Herrschaftsverhältnis zwischen dem Haftenden und dem Schädiger ist. Das ist ein Irrtum. Es lassen sich vielmehr eine ganze Anzahl von Fällen denken, in denen von einem Herrschaftsverhältnis keine Rede ist.

Wie Hoffmann[3] Seite 54 richtig bemerkt, wird im modernen Wirtschaftsleben das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer durch den freien Arbeitsvertrag geregelt, der zwischen den Beteiligten lediglich obligatorische Rechte und Pflichten, niemals aber ein persönliches Herrschaftsverhältnis erzeugt.

Und weiterhin, wie will man es nach dieser Theorie erklären, dass der Schuldner im § 278 BGB. auch für solche Gehülfen einzustehen hat, die in gar keinem Unterordnungsverhältnis zu ihm stehen?

Dass das BGB. dieser Theorie nicht folgt, ergibt aber vor allem die verschiedenartige Behandlung der Gehülfenhaftung in kontraktlichen und ausserkontraktlichen Verhältnissen.

Nach Gierkes Theorie dürfte hier kein Unterschied gemacht sein; denn wenn man einmal ein Herrschaftsverhältnis als Grund der Haftung annimmt, dann besteht es für kontraktliche und ausserkontraktliche Verhältnisse in gleicher Weise.

Warum dann im § 278 BGB. die unbedingte Haftung und im § 831 BGB. den Exkulpationsbeweis?

---

[3]) Vergl. Hoffmann: Die Haftung des Schuldners für seine Gehülfen nach § 278 BGB. Dissertation Freiburg i. B. 1902.

Gleich Gierke steigt auch Dreyer in die Vergangenheit zurück und sucht zur Erklärung der objektiven Schadensersatzpflicht das alte Veranlassungsprinzip hervor.

Nach ihm muss der den Schaden tragen, „der die Veranlassung dazu gab, er muss die Verantwortung für diese seine Handlung übernehmen.“[4]

Dieser höchst objektive Standpunkt scheint den modernen Gesetzgebungen entgegenzukommen, die allgemein objektive Gesichtspunkte bevorzugen. Bei näherer Prüfung aber ergibt sich, dass das BGB. doch der Regel nach die Schadenshaftung auf Verschulden gestellt hat und nur in Ausnahmefällen eine objektive Schadenshaftung statuiert.

Das geht unter anderem auch aus der Betrachtung der §§ 827, 828 BGB. hervor.

Nicht die Veranlassung allein lässt hier die Schadensersatzpflicht entstehen, sondern der Täter muss auch zurechnungsfähig sein.

Wie aber das BGB. weder allgemein dem Veranlassungsprinzip folgt, so liegt dies auch nicht seiner Gehülfenhaftung zu Grunde.

Im § 278 BGB. haftet der Schuldner nur für ein „Verschulden“ seiner Gehülfen. Nach der inneren Begründung des Veranlassungsprinzips müsste er aber auch für den Schaden einstehen, der unabhängig von der Willenssphäre der Gehülfen doch durch sie veranlasst ist.

Ferner haftet der Schuldner aus § 278 BGB., — wie überwiegend angenommen wird —, nur dem Gläubiger, eine Beschränkung, die sich nach dem Veranlassungsprinzip nicht rechtfertigen liesse.

---

[4]) Vergl. Verhandlungen des siebzehnten Deutschen Juristentages 1884 Bd. 1 S. 98; Ähnlich Rang: Die Haftung des Schuldners für Dritte nach gemeinem Recht. Dissertation Bonn 1886. S. 39. Er sagt der Schuldner habe zu haften, weil er die Gehülfen „in Beziehung zum Gegenstande des Schadens gesetzt hat.“ Vergl. auch S. 71.

Ein Rechtssystem, das sein Schadensersatzrecht auf die reine Veranlassung abstellte, würde auch zu merkwürdigen Konsequenzen kommen.

Jeglicher Unternehmungssinn würde brach liegen, und bald würde man an der allgemeinen wirtschaftlichen Stagnation merken, wohin man steuert. Denn da jede Initiative einen Schadensersatzanspruch auslösen kann, dessen Umfang sich vorher garnicht absehen lässt, kann man es niemandem verdenken, wenn er nun überhaupt nichts mehr unternimmt.

Einen weiteren Versuch, die objektive Schadensersatzpflicht einem Prinzip unterzuordnen, macht Rudolph Merkel mit seinem Prinzip des „aktiven Interesses.“ [5]

Dieses Prinzip verlangt, dass „derjenige, welcher sein Interesse zum Nachteil oder unter Gefährdung eines legitimen fremden Interesses geltend macht, der „aktiv wird“, der handelt zur Wahrung seines, auf Kosten des fremden Interesses, auch wenn seine Handlung mit Rücksicht auf das Überwiegen seines in einem Notstande oder sonst in einer Kollision befindlichen Interesses als rechtmässig sich darstellt, dem anderen den Schaden ersetzt, der diesem durch die ihm von der Gesamtheit diktierte Unterordnung seines Interesses unter dasjenige des Handelnden erwachsen ist.“

Die Theorie Merkels führt zu denselben Konsequenzen, wie das Veranlassungsprinzip.

Wenn man denjenigen, der zum Zwecke der Geltendmachung seiner Interessen handelt, auch dann mit der Schadensersatzpflicht belastet, wenn seine Handlung an sich rechtmässig ist, nur weil eben sein Interesse das „aktive“ ist, m. a. W. weil er die Veranlassung dazu gab, dann werden eben, wie Merkel an anderer Stelle selbst zugibt, gewisse Handlungen, an deren Vornahme der Verkehr oder die Öffentlichkeit ein gewichtiges Interesse hat, schlechterdings unmöglich.

---

[5]) Vergl. Rudolph Merkel: Die Kollision rechtmässiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmässigen Handlungen im Hinblick auf den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches 1895 S. 160 ff.

Merkel meint, für solche Fälle müssten Ausnahmebestimmungen geschaffen werden. Gewiss, ganz unsere Meinung! Aber es werden eben eine solche Anzahl von Ausnahmebestimmungen erforderlich werden, dass man von einem Prinzip nicht mehr sprechen kann.

Der Fehler des Merkelschen Prinzips liegt u. E. vor allem in der Abstellung auf den schwer umgrenzbaren Begriff des Interesses.

Denn abgesehen davon, dass es im Einzelfalle Schwierigkeiten machen könnte, festzustellen, welche von beiden Parteien zwecks Verfolgung ihrer Interessen „aktiv" wurde, entsteht die weitere Frage, ob nur die Verletzung eines subjektiven Rechts oder auch schon die irgend eines Interesses des passiven Teils die Ersatzpflicht nach sich zieht.

Das war allgemein gegen Merkel zu sagen. Wie verhält sich nun das BGB. gegen das Merkelsche Prinzip?

U. E. vollkommen ablehnend!

Ein Beispiel wird das für das Gebiet des § 278 BGB. illustriern: Der Landwirt A. ist mit dem Schnitter B. einen Vertrag eingegangen, dass dieser ihm das Gras seiner Wiese mäht. A. hat nun ein grosses Interesse daran, dass B. möglichst bald damit fertig wird, weil die Erntearbeit vor der Tür steht, und er die Leute, die er zum Trocknen des Heus verwenden muss, für diese frei haben will. A. veranlasst daraufhin den B., sich zum Mähen der Wiese Hülfskräfte zu nehmen. B. hat zwar ein grosses Interesse daran, die Arbeit allein zu tun, — weil er dann mehr verdient —, gibt aber dem Drängen des A. nach und stellt noch andere Leute an. Durch die Schuld dieser Leute wird nun dem A. beim Mähen der Wiese ein Schaden zugefügt.

Dann haftet nach § 278 BGB. der Schnitter, der sie angestellt hat.

Nach dem Merkelschen Prinzip würde er nicht haften; denn er ist ja nicht im eigenen, sondern gerade im fremden Interesse „aktiv" geworden, das er nicht nur nicht gefährdet, sondern sogar gefördert hat.

Hiernach ist wohl ohne weiteres klar, dass die Haftung aus § 278 BGB. nicht auf dem Merkelschen Prinzip basiert, welche Annahme auch durch die verschiedenartige Behandlung der Gehülfenhaftung in kontraktlichen und ausserkontraktlichen Verhältnissen bestärkt wird.

Im gewissen Grade verwandt mit dem Prinzip des „aktiven Interesses" ist die Rümelinsche Theorie der Gefährdungshaftung.

Rümelin knüpft die Schadenshaftung an die Tatsache der Gefährdung. Jeder der fremde Interessen gefährdet, müsse dafür einstehen, wobei die gefährdende Handlung allerdings immerhin eine solche sein müsse, die sich über das Niveau der gewöhnlichen, normalen Lebensfunktionen, wie essen, trinken, schlafen, spazierengehen u. s. w. erhebt. Ein derartiges Verhalten könne nur unter der besonderen Voraussetzung des Verschuldens zum Schadensersatze verpflichten.[6]

Dem ist entgegenzuhalten, dass die Schadensersatzpflicht nicht allgemein durch ein gefährdendes, anormales Verhalten ausgelöst wird, sonst müsste auch der geisteskranke Hotelgast, der sich abends im Bett liegend damit vergnügt Zündhölzer anzubrennen und dabei einen grösseren Brand verursacht, für den Schaden aufkommen; er braucht es nach positivem Recht jedoch nicht; denn er ist nicht verschuldensfähig.

Es kommt also für die Schadensersatzpflicht allgemein darauf an, dass der Schaden zugerechnet werden kann, dass ein Verschulden vorliegt.

Weiterhin kann aber auch nicht zugegeben werden, dass das Verwenden von Gehülfen ein anormales, die Umgebnng besonders gefährdendes Verhalten ist.

Die Zuziehung von Gehülfen ist in unserem fortgeschrittenen Wirtschaftsleben etwas Alltägliches, mit dem jedermann rechnet, also durchaus nichts Anormales.

---

[6]) Vergl. M. Rümelin: Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches zur objektiven Schadensersatzpflicht 1896 S. 46ff.

Wir können darin keine grössere Gefährdung der Umgebung erblicken, als wenn der Schuldner selbst handelt, abgesehen von dem Fall, wo den Schuldner culpa in eligendo aut custodiendo trifft.

Denn die Gefahr, dass durch Personen, die in ihre Sphäre eintreten, ein Schaden verursacht wird, besteht für die Umgebung sowohl bei der Verwendung von Gehülfen, als auch bei persönlichem Handeln des Schuldners, immer vorausgesetzt natürlich, dass der Schuldner tüchtige Gehülfen ausgewählt hat.

Wie die Gehülfen versagen können, so kann auch der Schuldner selbst versagen.[7]

Die Rümelinsche Theorie ist aber für das Gebiet des Bürgerlichen Gesetzbuches besonders deshalb abzulehnen, weil sie, wie auch die vorher besprochenen Theorien, für die verschiedenartige Behandlung der Gehülfenhaftung im § 278 und § 831 BGB. keine Erklärung gibt, und uns auf die Frage die Antwort schuldig bleibt, weshalb der Schuldner nach § 278 BGB. nicht auch für den Schaden aufzukommen braucht, den seine Gehülfen schuldlos verursachen.

Auch Unger[8] hat in neuerer Zeit versucht, ein die sämtlichen Fälle objektiver Schadensersatzpflicht umspannendes Prinzip aufzustellen, indem er einen der von den Motiven[9] zur Erklärung der Haftung aus § 278 BGB. angegebenen Gesichtspunkte verallgemeinert und folgenden Satz aufstellt: „Wer in eigenem Interesse handelt, handelt auch auf eigene Gefahr.“[10]

---

[7]) Ebenso Priewe: Die Haftung des Schuldners für seine Gehülfen nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Dissertation Rostock 1902 S. 43; und Wimmer: Die Haftung für das Verschulden von Gehilfen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. Dissertation Leipzig 1904, bei der Bekämpfung der Hoffmannschen Theorie, die sich nur als Ableger des Rümelinschen Prinzips darstellt.

[8]) Vergl. Unger: Handeln auf eigene Gefahr; in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik u. s. w. Bd. 30 S. 363ff., besonders S. 389.

[9]) Vergl. Motive Bd. 2 S. 30. Auf die Prinzipien der Motive werden wir weiter unten zurückkommen.

[10]) Ähnlich das Reichsgericht. Vergl. RG. bei Bolze Bd. 12 Nr. 256; RG. Bd. 43 S. 146ff.; RG. J. W. 1904 S. 382, 1897 S. 590.

Mit diesem Satze glaubt er die Fälle der objektiven Schadensersatzpflicht innerlich begründen und sachlich rechtfertigen zu können, so besonders auch die Haftung für Gehülfen, zu deren Begründung in kontraktlichen Verhältnissen er noch folgendes hinzufügt: „Der Schuldner zieht die Gehülfen hinzu, um seine Verbindlichkeit zu erfüllen; er trifft die Auswahl für sich, für sein Geschäft, in eigener Angelegenheit. Es ist seine Sache die rechten Leute zu wählen. Begeht er ungeachtet aller Sorgfalt einen Fehlgriff in der Auswahl, so kann er den Misserfolg nicht auf den ganz unbeteiligten Gläubiger abwälzen, sondern muss ihn sich selbst zuschreiben und ihn sich zur Last legen. Wie das korrekte Verhalten der Gehülfen dem Schuldner, zum Vorteil dient, so muss auch das schuldhafte Verhalten derselben ihm zum Nachteil ausschlagen. Der Schuldner, der die Gehülfen in seinem Interesse verwendet, verwendet sie auf seine Gefahr."

Hiergegen lässt sich bei der Betrachtung des positiven Rechts mancherlei einwenden.

Zunächst ist der Satz, dass der Schuldner, wenn er Gehülfen zuzieht, dies ausschliesslich in seinem Interesse tut, durchaus nicht so selbstverständlich, wie es nach Unger den Anschein hat.

Meist wird der Gläubiger an der Gehülfenzuziehung ein genau ebensogrosses Interesse haben, wie der Schuldner; man denke nur an die gegenseitigen Verträge, an deren Erfüllung beide Teile in gleicher Weise interessiert sind.[11] Es kommt aber auch vor, dass die Gehülfenzuziehung lediglich im Interesse des Gläubigers geschieht, wie beispielsweise bei der unentgeltlichen Verwahrung, beim Auftrag, sowie bei allen Gefälligkeitsverbindlichkeiten.[12]

Konsequent durchgedacht müsste Ungers Prinzip den Schuldner auch für casus verantwortlich machen, was jedoch der positiven Regelung entgegensteht.

---

[11]) Vergl. Nussbaum a. a. O. S. 45/46; ebenso Hoffmann a. a. O. S. 33/34 und Priewe a. a. O. S. 23/24.

[12]) Vergl. auch das Beispiel vom Landwirt und Schnitter bei der Erörterung der „Theorie des aktiven Interesses" S. 26.

Endlich stimmt auch mit dieser Theorie die in der Zulassung des Exkulpationsbeweises im § 831 BGB. liegende Bevorzugung des Geschäftsherrn gegenüber dem Schuldner nicht überein. Unger sieht das auch selbst und bezeichnet daher die legislatorische Behandlung der ausserkontraktlichen Gehülfenhaftung im Entwurf §§ 711/12 im Vergleiche mit der Haftung des Schuldners als „grelle und fast unerträgliche Diskrepanz."

Wir kommen nun zu den Theorien, die auf allgemeine Geltung verzichten und nur die Haftung des Schuldners für seine Gehülfen zu erklären suchen.

Es ist auszugehen von der Theorie Ubbelohdes,[13] die man nach ihrer Begründung Assekuranztheorie genannt hat.

Ubbelohde findet den Grund der schuldnerischen Gehülfenhaftung in einem stillschweigenden Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner, inhaltsdessen der Schuldner die Haftung für die Gehülfen gegen eine Assekuranzprämie, die er auf den Unternehmergewinn schlägt,[14] übernehme.

In allen den Fällen, wo dem Schuldner die Möglichkeit gegeben sei, sich durch Erhöhung des Preises gegen die Gefahr, die in der Gehülfenzuziehung liegt, zu decken, sei die Haftung hierauf zurückzuführen.[15]

Hiergegen erhebt sich vor allem das eine Bedenken, ob die blosse Möglichkeit, sich durch Preisaufschlag eine Assekuranzprämie zu sichern, schon ausreichend ist, den Haftungsvertrag als abgeschlossen zu betrachten.

Wenn man im Einzelfalle den Schuldner danach fragen wird, ob er — wenn auch nur stillschweigend — diesen Haftungsvertrag geschlossen habe, wird er uns meist verständnislos anblicken.

---

[13]) Vergl. Ubbelohde in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 7 S. 246ff. und 267ff., und im Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. 7 S. 229ff.

[14]) Die Theorie geht aus von der locatio conductio operis.

[15]) So auch das Reichsoberhandelsgericht. Vergl. R. O. H. Bd. 13 Nr. 25. In derselben Entscheidung wird freilich auch die weiter unten zu besprechende Erfolgstheorie vertreten. Vergl. R. O. H. a. a. O. S. 34.

Das Prinzip verträgt sich aber u. E. auch nicht mit den Sätzen der Logik.

Denn der Schuldner haftet nicht, weil er immer eine Assekuranzprämie auf den Preis schlägt, sondern er erhöht den Preis, weil er haftet. Die Haftung ist schon vorher da.

Die Assekuranzprämie ist also nur ein Mittel, um sich gegen die Haftung zu decken, erklärt aber diese Haftung nicht.

Doch abgesehen davon, lehrt auch ein Blick ins praktische Leben die Unrichtigkeit des Satzes, dass sich der Schuldner durch Erhöhung des Preises gegen die in der Gehülfenzuziehung liegende Gefahr sichern kann.

Die Bestimmung des Preises hängt eben nicht allein vom Willen des Schuldners ab.

Es wirken hier ganz andere Faktoren mit.

Um konkurrenzfähig bleiben zu können, darf der Schuldner den Preis nicht über die Grenze erhöhen, die Angebot und Nachfrage stecken.

Für die Grossbetriebe mag vielleicht dieser Satz nicht ausnahmslos gelten, weil diesen der eventuelle wirtschaftliche Zusammenschluss in Kartellen und Syndikaten eine gewisse Machtstellung verleiht; der Durchschnittsunternehmer dagegen ist gegen die Preisbildung machtlos.[16]

Eine Begründung für die Haftung aus § 278 BGB. vermag aber die Assekuranztheorie schon deshalb nicht zu geben, weil sie neben ihrer bereits nachgewiesenen Unbegründetheit nur einen kleinen Teil der von § 278 BGB. umfassten Obligationen treffen würde, nämlich nur die zweiseitig verpflichtenden entgeltlichen Verträge.

Weiterhin würde sich aber auch der Einwand nicht von der Hand weisen lassen, weshalb der Schuldner im § 278 BGB. nur für ein Verschulden der Gehülfen einzustehen hat, und nicht auch für casus; denn auch hier besteht ja doch die Möglichkeit sich

---

[16]) Vergl. hierzu auch Seufferts Archiv Bd. 30 Nr. 118 S. 178.

durch Einrechnung einer Assekuranzprämie in den Preis schadlos zu halten.[17]

Ebenso wie die Theorie Ubbelohdes ist auch die vom Reichsgericht vertretene Erfolgstheorie,[18] die auf der Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts Band 13, Nr. 25 fusst,[19] zunächst nur für das Gebiet der locatio conductio operis aufgestellt, wird jedoch in der Folgezeit vom Reichsgericht allgemein auf solche Verbindlichkeiten angewendet, bei denen der Schulner einen Erfolg herbeizuführen hat.[20]

Das Reichsgericht führt aus: „Der conductor operis verpflichtet sich nicht etwa nur zu denjenigen auf Bewirkung der verdungenen Leistung abzielenden einzelnen Handlungen, welche nach den konkreten Umständen des Falles von ihm persönlich als dem Unternehmer erwartet werden können, wozu etwa auch die sorgfältige Auswahl und nach Umständen auch Beaufsichtigung der Hülfspersonen gehören mag, sondern er verpflichtet sich unmittelbar zur Herstellung des Endergebnisses im Ganzen. Wer aber in dieser Weise kontrahiert, der hat es lediglich mit sich selbst auszumachen, wenn er aus irgend einem Grunde nicht in der Lage ist, das fragliche Endergebnis durch seine eigene alleinige Tätigkeit herbeizuführen; er nimmt alle zur Ausführung etwa erforderlichen Hülfspersonen nur auf seine eigene Gefahr an.“[21]

Der Erfolgstheorie ist zum Vorwurf zu machen, dass sie ihrer Begründung nach viel zu eng ist, da sie nur für den Werkvertrag und verwandte Obligationen Geltung beanspruchen kann.

---

17) Ebenso Enneccerus in den Verhandlungen des siebzehnten Deutschen Juristentages Bd. 2 S. 99.

18) Vergl. RG. Bd. 10 S. 165 ff.; die Theorie wird sonst noch vertreten von Leonhard und Burchardi. Vergl. Leonhard in seinem Gutachten für den siebzehnten Deutschen Juristentag. Verhandlungen Bd. 1 S. 340 ff. Burchardi a. a. O. S. 145/146.

19) Das Reichsoberhandelsgericht entnahm den Gedanken einem Rechtsgutachten der Juristenfakultät Halle-Wittenberg über ein vom Obergericht Zürich gefälltes Urteil. Vergleiche dieses Gutachten.

20) RG. Bd. 33, Nr. 36, S. 169 ff.

21) Vergl. RG. Bd. 10 Nr. 45 S. 166/167.

Andrerseits geht sie aber mit der Abstellung auf den objektiven Erfolg viel zu weit und würde demgemäss zu einer Haftung für casus führen.

Die Anhänger der Erfolgstheorie sagen nun: Nein, für eigentlichen casus soll der Schuldner nicht einstehen, sondern nur für den Zufall der für ihn in dem Versagen der Gehülfen liegt.

Ja, dieser Zufall ist aber genau derselbe wie der „eigentliche casus;“ denn Abstufungen des Zufalls gibt es nicht. Haftet der Schuldner nicht für „eigentlichen casus,“ dann haftet er eben schlechtweg nicht für casus, also auch nicht für den Zufall der in dem Versagen der Gehülfen liegt.[22]

Wir sehen, anstatt die Haftung des Schuldners zu erklären, führt diese Theorie in ihren letzten Konsequenzen sogar zu einer Verneinung der Haftung.

Nach diesen Erörterungen bedarf es wohl kaum des Hinweises, dass die Erfolgstheorie für das BGB. unbrauchbar ist.

Aus der Erfolgstheorie entwickelt Enneccerus eine eigene Theorie, indem er an die Stelle des Erfolges die Obligation setztund dabei folgende Erwägungen anstellt.[23] „Hartmann definiert die Obligation als „Einstehen für die Befriedigung eines Privatinteresses des Gläubigers.“[24] Daraus folgt, dass der Schuldner regelmässig nicht in eigener Person zu zahlen braucht, sondern durch einen anderen zahlen kann. Auch durch die Zahlung eines anderen wird ja das Interesse des Gläubigers befriedigt. Wenn es nun wahr ist, dass der Schuldner haftet für die Befriedigung eines Privatinteresses des Gläubigers, so kann man keineswegs allgemein sagen, er hafte für eine eigene Handlung, sondern es kann das sehr verschieden sein. Er kann haften für eine eigene Handlung, wenn nämlich das Privatinteresse darin besteht, dass gerade er die Handlung vornehme; er kann auch haften für die Leistung eines Dritten, wenn nämlich in dieser das Privatinteresse besteht, dessen

---

22) Übereinstimmend Enneccerus a. a. O. S. 100, 101.
23) Vergl. Enneccerus a. a. O. S. 102—104.
24) Vergl. Hartmann. Die Obligation 1875. S. 37—62, besonders S. 53, auch S. 272.

Erfüllung versprochen ist; er kann haften drittens für eine Leistung, welche in persönlicher Beziehung garnicht bestimmt ist, sondern durch irgend jemand, eine unbestimmte Person, vorgenommen werden soll nach seiner Auswahl.

Wer nun eigene Leistung schuldet, schuldet eigene Diligenz; wer fremde Leistung schuldet, schuldet fremde Diligenz; wer eine Leistung, die durch eine noch nicht bestimmte, von ihm auszuwählende Person erfolgen soll, schuldet, der haftet für die Diligenz dessen, den er auswählt.“[25]

Diesen Ausführungen könnte man zustimmen, wenn es richtig wäre, dass der Schuldner die Leistung eines Dritten (seines Gehülfen) schuldet; er schuldet aber seine Leistung, die er sorgfältig zu bewirken hat, z. B. den Bau eines Hauses. Der Bauunternehmer verspricht mir hier nicht die Handlungen der Steinmetzen, sondern die Bewirkung der Handlungen der Steinmetzen, also Sorgfalt in der Bewirkung. Die Handlungen selbst sind ex obligatione, nur die Bewirkung bildet den Inhalt des Schuldverhältnisses. Ging der Schuldner hierbei sorgfältig zu Werke, so hat er die Obligation erfüllt, die schädigenden Handlungen der Steinmetzen gehen ihn nun nichts mehr an.[26]

Dass der Schuldner seine Leistung schuldet und nicht die Handlung eines anderen, stimmt auch mit der Sprache und den Anschauungen des Laien überein, wie aus folgendem bei Conradi[27] Seite 60 angeführten Beispiel hervorgeht: Der Schneider, bei dem ich eben einen Anzug bestellt habe, wird mir auf meine Frage: „Sie sind also verpflichtet, mir den Anzug zu liefern?“ sicherlich nicht antworten: „Nein, dazu bin ich nicht verpflichtet, vielmehr dazu, dass meine Gesellen Ihnen den Anzug liefern.“ sondern er wird meine Frage stets mit: „Ja!“ beantworten.

---

[25]) Vergl. auch Enneccerus Recht der Schuldverhältnisse, Bd. I, 2 des Lehrbuchs des bürgerlichen Rechts von Enneccerus-Kipp-Wolff S. 109/110.

[26]) Übereinstimmend Windscheid-Kipp a. a. O. Bd. 2 § 401 Note 5, S. 696.

[27]) Conradi: Die Haftung des Schuldners für Gehülfen und Substituten, Dissertation Göttingen 1896.

Enneccerus zieht seine Schlüsse aus einem falschen Vordersatz, daraus folgt aber auch die Unrichtigkeit des ganzen Prinzips.

Man könnte uns nun entgegenhalten: Ja, aber die Motive zum BGB. geben doch ebenfalls für die Haftung aus § 278 BGB. die Begründung von Enneccerus!"[28]

Darauf erwidern wir, dass die Motive allerdings auch der Theorie von Enneccerus folgen, daneben aber noch zwei andere Begründungen geben,[29] was schon zu denken gibt; dann aber müssen wir betonen, dass die Tatsache allein, dass der Gesetzgeber ein Prinzip zu dem seinigen macht, noch keinen Schluss auf die Richtigkeit des Prinzips zulässt.

Endlich ist zu bedenken, dass die Gründe der Motive doch lediglich legislatorischer, keineswegs aber juristischer Natur sind.

U. E. jedenfalls lässt sich mit dem Prinzip von Enneccerus die Haftung aus § 278 BGB. nicht erklären; denn der Schuldner schuldet eben nicht die Leistung der Gehülfen und damit deren Sorgfalt, sondern seine eigene Leistung, und nur diese.[30]

Neben seiner Veranlassungstheorie hat Dreyer in seinem Gutachten für den siebzehnten Deutschen Juristentag[31] die sogenannte Vollmachts- oder Vertretungstheorie zur Erklärung der Haftung des Schuldners für seine Gehülfen aufgestellt.[32]

Nach seiner Ansicht gibt der Arbeitgeber dem Arbeiter bei der Übertragung einer Verrichtung gewissermassen Vollmacht für diese Arbeit, wobei man sich jedoch vor Augen halten müsse, dass das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeiter nicht auf einem Mandat zu beruhen brauche. Diese Vollmacht des Arbeiters

[28]) Vergl. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich Bd. 2 S. 30.

[29]) Vergl. Motive u. s. w. a. a. O.

[30]) Der Theorie von Enneccerus folgen Blau: Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche 1902 S. 46 ff. und Breitenstein: Haftung für fremdes Verschulden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Dissertation Leipzig S. 21/22.

[31]) Vergl. Verhandlungen des siebzehnten Deutschen Juristentages Bd. 1 S. 94 ff.

[32]) Mit einigen Modifikationen vertritt auch Abicht: Haftung des Übernehmers bei einer Werkverdingung u. s. w. Dissertation Göttingen 1891 S. 46 ff. diese Theorie.

träte äusserlich erkennbar darin hervor, dass der Arbeiter sich als für den Prinzipal Leistende darstellt, dass der Arbeiter die der Handlung des Prinzipals verrichtet, und dass dieser das leidet.

Ferner sei diese Vollmacht die rechtliche Macht fremde Rechtsgeschäfte mit der Wirkung zu verrichten, als ob der Geschäftsherr selbst gehandelt hätte.

Für die Haftung aus einer Vollmacht sei aber nicht das interne (dem Dritten völlig unbekannt gebliebene) Verhältnis zwischen dem Vollmachtgeber und dem Bevollmächtigten massgebend, sondern diese Haftung beruhe auf der durch die Übertragung der Verrichtung kundgegebenen Erklärung, dass der Übertragende den Arbeiter an seiner Stelle handeln lasse.

Da hiernach das Tun des Arbeiters die Tat des Vollmachtgebers sei, müsse er für dessen Handlungen aufkommen.

Gegen diese Theorie lassen sich gewichtige Gegenargumente vorbringen.

Zunächst ist zu berücksichtigen, dass die Vollmacht dem Bevollmächtigten die Befugnis verleiht, Rechtsgeschäfte mit Dritten für den Vollmachtgeber vorzunehmen, nicht aber rein tatsächliche Handlungen,[33] wie sie dem Gehülfen obliegen; denn an dem in der Erfüllung der Verbindlichkeit liegenden Rechtsgeschäft ist ja der Gehülfe nicht beteiligt.[34]

Beruhte die Haftung des Schuldners für seine Gehülfen auf Vollmacht, so müsste doch eine Beschränkung der Vollmacht möglich sein durch eine darauf gerichtete dem andern Kontrahenten erkennbar gewordene Willenserklärung des Schuldners.

Es wird sich aber gewiss niemand auf eine Haftungsbeschränkung berufen können, wenn der Schuldner in Gegenwart

---

[33]) Vergl. Mitteis: Stellvertretung S. 288; Hoffmann a. a. O. S. 59; Wüstendörfer: Der § 278 des Bürgerlichen Gesetzbuches im Lichte des römischen Rechts. Dissertation Strassburg 1897 S. 5—7. Wertheimer: Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches. Dissertation Erlangen 1900 S. 26.

[34]) Ebenso Hoffmann a. a. O. S. 58.

des Gläubigers zu dem Gehülfen sagt: „Du hast also nur mit der grössten Sorgfalt vorzugehen."

Ferner ist sich der Gehülfe häufig garnicht bewusst, dass er Vertreter des Prinzipals ist, was doch bei der direkten Stellvertretung zu erfordern wäre.[35]

Man könnte ja allerdings versucht sein im § 278 BGB. wegen der Statuierung der gleichen Haftung für den gesetzlichen Vertreter die Personen, deren sich der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, ebenfalls als Vertreter des Schuldners aufzufassen; doch lehnen die Motive das ausdrücklich ab.[36]

Es kann demnach keinem Zweifel unterliegen, dass die Haftung aus § 278 BGB. nicht auf Stellvertretung beruht.

Endlich hat man die Gehülfenhaftung auch aus folgenden Erwägungen erklären wollen: „Was die Gehülfen des conductor tun, ist, wie sein Verdienst, auch seine Schuld. Diese sind nur Mittel und Werkzeuge für ihn selbst. So wenig er die Mängel der Arbeit, oder die Schäden der Sache u. s. w. auf seine toten Werkzeuge schieben darf, so wenig kann er die Schuld der lebendigen von sich ablehnen."[37]

Oder wie es auch formuliert ist: „Der Arbeiter ist das Werkzeug, dessen der Arbeitgeber sich bedient; bedient er sich dessen zu rechtswidrigen Zwecken, so haftet er für eigene Schuld; geht es ihm fehl, so haftet er für sein Werkzeug — ohne Weiteres."[38]

Man hat gegen die Werkzeugstheorie — wie sie genannt worden ist — eingewendet, dass die Gleichstellung von lebenden Wesen, wie es die Gehülfen sind, mit toten Werkzeugen nicht angängig ist. Mit Recht! Es ist eben hier gerade die Frage, ob der durch die Willensbetätigung der Gehülfen verursachte

---

[35]) Vergleiche das Beispiel bei Hoffmann a. a. O.

[36]) Vergl. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich Bd. 2 S. 29. Siehe hierzu auch weiter unten S.

[37]) So Brinz a. a. O. S. 278.

[38]) So Mayer in den Verhandlungen des siebzehnten Deutschen Juristentages Bd. 1 S. 134; Ähnlich R. O. H. Bd. 4 Nr. 50 S. 243 ff und Burchardi a. a. O. S. 14 und 146.

Schaden dem Schuldner zur Last gelegt werden kann, während es bei der Haftung für Werkzeuge auf das Willensmoment nicht ankommen könnte, da tote Werkzeuge ja keinen Willen haben.

Zudem bestand weder im gemeinen Recht, noch besteht auch jetzt im BGB. eine Haftung für Werkzeuge schlechthin. Der Schuldner haftet nach BGB. — worauf es uns hier vor allem ankommt — nur, wenn er fehlerhafte Werkzeuge auswählt und nach erkannter Mangelhaftigkeit dieselben verwendet, nicht aber ohne weiteres.

Es wird also die Haftung für Werkzeuge auf ein Verschulden des Schuldners abgestellt.

Versagen aber die Werkzeuge trotz der grössten Sorgfalt des Schuldners, dann ist das eben Zufall, für den er nicht verantwortlich gemacht werden kann.[39]

Wir resümieren also, die Werkzeugstheorie kann uns die Haftung des Schuldners für Gehülfenverschulden nicht erklären.

Von den Konstruktionsversuchen neuerer Schriftsteller ist besonders die Wertheimersche „Theorie der technischen Arbeitskraft" bemerkenswert.[40]

Wertheimer geht davon aus, dass der Gläubiger in den Schuldverhältnissen, in denen dem Schuldner die Zuziehung von Gehülfen gestattet ist, kein Gewicht darauf lege, dass der Schuldner die Erfüllungshandlung bezw. die zur Erfüllung notwendige tatsächliche Verrichtung in Person vornimmt.

Der Wille des Gläubigers ginge nur dahin, „dass der Schuldner die Erfüllung durch eine Arbeitskraft veranlasse." „Diese Arbeitskraft sei aber keine undefinierte, so dass der Schuldner etwa jede beliebige Person zur Erfüllung verwenden könne", sondern diese sei insoweit stillschweigend genau bestimmt, „als sie gewisse technische Fertigkeiten haben müsse." Sie müsse solche Eigenschaften besitzen, „die sie in die Lage setzen gerade

---

[39]) Vergl. Enneccerus in den Verhandlungen des siebzehnten Deutschen Juristentages Bd. 2 S. 110.

[40]) Vergl. Wertheimer a. a. O. S. 28 ff.

die spezielle Verrichtung nach Massgabe der dabei anzuwendenden technischen Regeln und Fertigkeiten auszuführen.“ Die Arbeitskraft sei also „generell“ bestimmt.

Der Schuldner des § 278 BGB. stelle sich daher in analoger Anwendung des § 243 BGB. als Gattungsschuldner dar, und habe demgemäss eine Arbeitskraft von mittlerer Art und Güte zu leisten.

Als solche Arbeitskraft stelle sich der Mensch dar, der die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachte.

Beobachte nun der vom Schuldner verwandte Gehülfe die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht, so sei dies nicht die vom Schuldner generell geschuldete Arbeitskraft. Der Schuldner habe dann das geschuldete genus nicht geleistet, er sei also seinen vertraglichen Pflichten nicht nachgekommen. Hierauf beruhe seine Haftung.

Die Theorie Wertheimers führt gleich der Erfolgstheorie, mit der sie gewisse Berührungspunkte hat, zu einer Haftung für Zufall.

Denn wenn die Gehülfen trotz der grössten Sorgfalt seitens des Schuldners versagen, ist das für ihn Zufall.

Wertheimer sieht diese Konsequenz seiner Theorie auch selbst, meint aber, der Grund hierfür liege darin, „dass eben der Geschäftsherr ein genus schuldet und deshalb, wie alle anderen Gattungsschuldner trotz unverschuldeten Irrtums bei der Auswahl für die Gattungseigenschaften des ausgesonderten und geleisteten Individuums haftet.“[41]

Nun, es mag dahingestellt bleiben, ob der Schuldner von Anfang an ein genus schuldet.

Jedenfalls wird aber — angenommen, dass der Schuldner Genusschuldner ist — nach § 243 Absatz 2 BGB. die Gattungsschuld zur Speziesschuld, wenn der Schuldner das zur Leistung seinerseits Erforderliche getan hat.

Ob dies vorliegt, ist quaestio facti.

---

[41]) Wertheimer a. a. O. S. 30/31.

Doch wird man unter Berücksichtigung der normalen Verkehrsanschauung, auf die hier in Ermangelung gesetzlicher Bestimmungen Rücksicht zu nehmen ist, dem Schuldner, der mit der grössten Sorgfalt verfuhr und „die generell bestimmte Arbeitskraft" einer eingehenden Prüfung unterzog, dass Zeugnis ausstellen können, dass er mit der Anstellung einer solchen Arbeitskraft alles getan hat, was man von ihm verlangen konnte.

Von diesem Momente an wäre also der Schuldner Speziesschuldner.

Nunmehr stellt sich der § 275 BGB. der Theorie Wertheimers hindernd in den Weg, nach welchem der Schuldner von der Leistungspflicht frei wird, wenn die Unmöglichkeit der Leistung auf einem Umstande beruht, den er nicht zu vertreten hat. Und zu vertreten hat er ja nach § 276 BGB. nur Vorsatz und Fahrlässigkeit.

Das Resultat wäre also, dass die Theorie gegen eine positive Bestimmung des BGB. verstösst.

Damit ist ihre Unbrauchbarkeit wohl zur Genüge dargetan.

Wir kommen nun zu den Theorien der Motive zum BGB.[42]

Aus drei Gründen wird hier die Haftung zu erklären gesucht.

„Mit Recht" — so wird zunächst ausgeführt — „lässt sich für den heutigen Verkehr sagen, dass der Schuldner, welcher sich der Hilfe Dritter bei der Bewirkung der Leistung bedient, in eigenem Interesse und folgeweise auch auf seine Gefahr handelt." Daneben greift man den Gedanken von Enneccerus auf, und weist darauf hin, dass der Schuldner auch aus dem Begriff und Wesen der Obligation heraus für das Verschulden seiner Gehülfen eintreten müsse. Endlich wird als dritter Haftungsgrund der Gesichtspunkt der Garantieübernahme angeführt.[43]

Hierzu bemerken die Motive: „Wenn der Schuldner eine Leistung versprochen hat, so erblickt der heutige Verkehr in

[42]) Vergl. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. 2 S. 30.

[43]) Vergl. Motive a. a. O. Auch Kuhlenbeck: Recht der Schuldverhältnisse, Bd. II, 1 des J. v. Staudingerschen Kommentars zum BGB., folgt dieser Theorie. Vergl. Kuhlenbeck a. a. O. § 278 I, 1 c.

diesem Versprechen auch die Übernahme einer Garantie für das ordnungsmässige Verhalten derjenigen, deren Mitwirkung sich bei der Leistung zu bedienen dem Schuldner ausdrücklich oder stillschweigend gestattet ist."

Was sich gegen die beiden ersten Theorien der Motive sagen lässt, ist bereits bei der Erörterung der Theorien von Unger und Enneccerus, mit denen sie sich decken, vorgebracht.[44]

Wir können uns daher darauf beschränken zu der Theorie der Garantieübernahme Stellung zu nehmen.

Es wird hier vermutet, dass der Schuldner eine Garantie für das ordnungsmässige Verhalten der Gehülfen übernommen hat.

Will man nun mit einer einfachen Rechtsvermutung operieren, so müsste dem Schuldner im konkreten Falle der Gegenbeweis offen stehen, dass eine Garantie nicht übernommen ist. Die Fassung des § 278 BGB. lässt aber eine solche Möglichkeit nicht zu.

Es bleibt also nur übrig, eine praesumtio iuris et de iure anzunehmen.

Diese kann jedoch nichts erklären, sondern ist nur ein Zugeständnis, das man der juristischen Konstruktion macht, für solche Bestimmungen, die allgemein der Erklärung unzugänglich sind.

Was demnach von dem Prinzip der Garantieübernahme zu halten ist, braucht wohl nicht erst gesagt zu werden.

Und nun das Resultat unserer bisherigen Betrachtungen!

Sämtliche aufgestellten Theorien haben eine Erklärung für die im § 278 BGB. statuierte Gehülfenhaftung nicht zu geben vermocht.

Es ist u. E. auch unmöglich, die Bestimmung des § 278 BGB. auf ein einheitliches Prinzip zurückzuführen. Man kann sich ruhig damit abfinden!

Der § 278 BGB. ist eben eine Norm des modernen Schadensersatzrechts, die getroffen ist aus praktischen Gesichtspunkten, um

---

[44]) Vergl. S. 28—30 und S. 33—35.

einen Ausgleich zu schaffen zwischen den sich befehdenden Tendenzen des modernen Wirtschaftslebens.

Die Sicherheit des Verkehrs fordert derartige Ausnahmebestimmungen, welches Moment der Gesetzgeber nicht unbeachtet lassen darf, wenn anders er seiner hohen Aufgabe gerecht werden will.[45]

Dritter Abschnitt.

§ 3.

Die Haftung des Schuldners für die Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient.

I. Die Voraussetzungen der Haftung.

a) Schuldner und Verbindlichkeit.

Der § 278 BGB. beginnt mit der Statuierung einer Verpflichtung für „den Schuldner."

Wer ist das, „der Schuldner"?

Das Gesetz gibt uns im § 241 BGB. die Antwort.

Hiernach ist „der Schuldner" innerhalb eines Schuldverhältnisses die Person, von der der Gläubiger berechtigt ist, eine Leistung zu fordern.

Der Ausdruck „Schuldner" deutet also darauf hin, dass § 278 BGB. ein Schuldverhältnis voraussetzt, aus dem der Schuldner verpflichtet ist.[1]

---

[45]) In gleichem Sinne Eck: Vorträge über das Recht des BGB. Bd. 1 S. 272. Nussbaum a. a. O. S. 48ff.; Priewe: Die Haftung des Schuldners für seine Gehülfen, Dissertation Rostock 1902 S. 46ff.; Weinreich: Die Haftung des Schuldners für die Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient nach § 278 BGB. Dissertation Leipzig 1903 S. 46ff.; Greinert: Die Haftung des Schuldners für die Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, Dissertation Leipzig 1904 S. 20; v. Schwartz: Die Haftung des Schuldners für seine Gehülfen, Dissertation Leipzig 1906 S. 16.

[1]) Das ergibt sich auch aus dem Ausdruck „Verbindlichkeit".

Es ist daher sofort ersichtlich, — wie hier gleich beiläufig bemerkt sein mag, — dass für die culpa in contrahendo eines rechtsgeschäftlichen Vertreters nicht nach § 278 BGB. gehaftet wird,[2] weil ja in solchem Falle erst ein Schuldverhältnis begründet werden soll.

Der Schuldner muss sich der Gehülfen bedienen zur Erfüllung seiner „Verbindlichkeit“.

Wir haben infolgedessen den Begriff „Verbindlichkeit“ näher zu untersuchen.

Auszugehen ist dabei wieder vom § 241 BGB.

Dort ist das Schuldverhältnis zwar nur vom Standpunkte des Gläubigers aus definiert,[3] aber man kann daraus doch unschwer die allgemeine Definition gewinnen.

So möchten wir definieren: Ein Schuldverhältnis ist eine rechtlich geregelte Beziehung zwischen zwei Personen, kraft deren die eine (Gläubiger) zur Forderung einer Leistung (Tun oder Unterlassen) berechtigt, die andere (Schuldner) zur Bewirkung der betreffenden Leistung verpflichtet ist.

Der Ausdruck „Verbindlichkeit“ ist nun identisch mit der Schuldnerpflicht, und bedeutet nichts anderes, als Verpflichtung des Schuldners zur Leistung.

Dass im Sinne des § 278 BGB. nur privatrechtliche Verbindlichkeiten gemeint sind, ergibt sich von selbst; denn das BGB. regelt ja nur das Privatrecht.

Öffentlich-rechtliche Verpflichtungen sind demnach aus dem Haftungsbereich des § 278 BGB. auszuscheiden.

Das wird nicht immer streng genug durchgeführt.

Man kommt dann zu Ergebnissen, die dem Rechtsgefühl stracks zuwiderlaufen, wie neuerdings das Reichsgericht in der Entscheidung Bd. 55 S. 335—337, das der Eisenbahn aus dem Transportvertrage die Pflicht zur Gewährung sicheren Aus-

---

²) Vergl. RG. Bd. 49 S. 28. Siehe auch weiter unten Seite 56.

³) Vergl. § 241 BGB.: Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen.

und Zugangs auf den Bahnhöfen an die Reisenden auferlegt und daher dieselbe für eine schuldhafte Unterlassung ihrer Arbeiter, die bei Glatteis die erwähnten Aus- und Zugänge nicht mit Sand bestreut hatten, nach § 278 BGB. haften lässt. Für die Anwendung des § 278 BGB. ist hier unseres Erachtens überhaupt kein Feld; denn es handelt sich eben nicht um eine privatrechtliche Verbindlichkeit. Die Verpflichtung des Sandstreuens ist vielmehr rein öffentlich-rechtlicher Natur und hat als Gläubiger, — wenn man so sagen darf, — lediglich die Obrigkeit, niemals aber den einzelnen Reisenden.

Die vom § 278 BGB. erforderte privatrechtliche Verbindlichkeit muss aber eine wirkliche Verpflichtung sein, die mit rechtlichem Zwange ausgestattet ist.

Daher scheiden hier die blossen Anstandsverpflichtungen, wie überhaupt auch die Naturalobligationen, aus. Mit einer Ausnahme. Das ist die verjährte Forderung.

Trotz der Vollendung der Verjährung ist hier der Anspruch des Gläubigers nicht untergegangen.

Obwohl der Schuldner die Leistung verweigern darf, ist er doch Schuldner geblieben und wird, da ja der Klageanspruch an sich begründet ist, im Prozesse auch verurteilt, wenn er nicht die Verjährungseinrede erhebt.

Erst mit der Rechtskraft der auf Grund dieser Einrede ergehenden, abweisenden Entscheidung ist der Anspruch des Gläubigers vernichtet.

Sollte jedoch der Schuldner noch vor der Rechtskraft des Urteils, einer Regung seines guten Herzens folgend, den Gläubiger befriedigen und sich dabei eines Gehülfen bedienen, dann haftet er für diesen; denn bis zur Vollendung der Rechtskraft besteht eben noch seine Verbindlichkeit.

Welchem Rechtsgrund die Verbindlichkeit des § 278 BGB. ihre Entstehung verdankt, ist für die Anwendbarkeit dieses Paragraphen vollkommen gleichgültig. Sie kann auf Vertrag, einseitiges Rechtsgeschäft, Delikt u. s. w. beruhen; denn in allen

diesen Fällen bestehen die Voraussetzungen der Haftung, ein Schuldner und eine Verbindlichkeit.

Daher trifft der häufig gebrauchte, und auch von uns verwendete Ausdruck „kontraktliche Haftung" nicht ganz zu. Er ist nun aber einmal in der Literatur zum terminus technicus geworden und mag aus diesem Grunde beibehalten werden. Richtiger würde man allerdings sagen: Haftung in obligatorischen Verhältnissen.

Doch auch dieser Ausdruck ist noch zu eng; denn es braucht sich nicht notwendigerweise um obligatorische Verhältnisse zu handeln.

Nach den Motiven[4] finden auf die dinglichen Ansprüche, die sich gegen eine bestimmte Person richten und von dieser eine Leistung verlangen wegen ihres obligationsähnlichen Charakters die allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechts Anwendung. Daher muss man denn auch eine solche dingliche Verpflichtung zur Leistung gewissermassen als Verbindlichkeit ansprechen, beispielsweise die Verpflichtung des Besitzers zur Herausgabe gegenüber dem Eigentümer, und den § 287 BGB. auf sie für anwendbar erklären.[5]

Es ist nun in der Literatur eine Lehre aufgetaucht, die die Verbindlichkeiten in „echte" und „unechte" teilt, und nur die ersteren dem § 278 BGB. unterstellt wissen will.

Ihr Vertreter ist Nussbaum.[6]

Er führt folgendes aus: „Leisten im juristischen Sinne ist nicht denkbar ohne einen bestimmten Empfänger der Leistung. Leistung ist demnach Übertragung eines „Guts" an eine (von dem Leistenden verschiedene) Person".[7]

---

4) Vergl. Motive Bd. 3 S. 398/399.

5) Ebenso Matthiass: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 5. Auflage 1910 § 83 II. A. Anmerkung 2; Nussbaum a. a. O. S. 53; Hoffmann a. a. O. S. 108ff; Feder a. a. O. S. 43; RG. Neue Folge Bd. 6 S. 380ff. Dagegen Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens 1899, Bd. II, 1, S. 145.

6) Vergl. Nussbaum a. a. O. S. 54—65.

7) Nussbaum a. a. O. S. 54.

Da nun, — wie wir gesehen hatten —, der Ausdruck „Verbindlichkeit“ Verpflichtung zur Leistung bedeutet, so kommt Nussbaum, indem er die von ihm gegebene Definition des Wortes „Leistung“ einsetzt, zu folgendem Resultat: Verbindlichkeit ist die Verpflichtung zur Übertragung eines „Guts“ an eine Person.

Dies ist Nussbaums sogenannte „echte Verbindlichkeit“, der er die „unechte Verbindlichkeit“, „die Verpflichtung zu einem Handeln, welches nicht Leistung in diesem Sinne ist“,[8] gegenüberstellt.

Als erste Untergruppe solcher unechten Verbindlichkeiten führt Nussbaum die Fälle an, in denen eine Verpflichtung zu solchen Handlungen besteht, „die den Handelnden selbst vor Schaden bewahren sollen — beziehungsweise ihm einen Vorteil bringen, ihm z. B. einen Ersatzanspruch, einen Anspruch auf Zahlung einer Versicherungssumme, ein Widerspruchsrecht und dergleichen erhalten sollen.“

Zur Illustration hierfür dient ihm das Beispiel, dass ein Hauseigentümer einer Versicherungsgesellschaft gegenüber verpflichtet ist, sein baufälliges Haus reparieren zu lassen, falls ihm diese für eventuelle künftige Unfälle und dergleichen schadlos halten soll. Es sei dies zwar eine Verpflichtung, aber keine Verpflichtung zur Leistung und demnach keine „echte Verbindlichkeit.“

Die zweite Untergruppe „der unechten Verbindlichkeiten“ bilden nach Nussbaum die Fälle der Verpflichtung zu einem „Verhalten, das sich nicht einmal als Handeln qualifizieren lässt,“ die Fälle der Verpflichtung zur Sorgfalt; zunächst nur bezüglich der Sache, über die der Schuldner kraft eines obligatorischen oder beschränkten dinglichen Rechts eine tatsächliche Verfügungsgewalt hat, dann aber weitergehend bezüglich der Ausübung jedes subjektiven Rechts.[9]

Dies ist Nussbaums Lehre im Zusammenhange.

Im einzelnen lässt sich mancherlei dagegen einwenden.

---

8) Nussbaum a. a. O. S. 58.
9) Vergl. Nussbaum a. a. O. S, 54—65.

Ob „Leisten" nicht denkbar ist ohne einen bestimmten Empfänger der Leistung, mag noch unerörtert bleiben; denn darauf kommt es nicht an.[10] Dagegen darf die Behauptung nicht unwidersprochen bleiben, dass man unter „Leistung" nur die Übertragung eines „Guts" zu verstehen hat.

Der Satz kann schon deshalb nicht richtig sein, weil das Unterlassen, das nach § 241 BGB. möglicher Inhalt der Leistungspflicht sein kann, wohl kaum ein taugliches Mittel zur Übertragung eines „Guts" abgeben könnte.

Ausserdem gibt es aber auch tatsächlich Obligationen, deren Inhalt nicht auf Übertragung eines „Guts" geht.

Feder[11] führt als Beleg hierfür die Abnahmepflicht des Käufers an; unstreitig ein einwandfreies Beispiel!

Ist sonach — wie wir nachgewiesen haben — der Vordersatz Nussbaums, dass „Leistung" nur die Übertragung eines „Guts" an eine Person bedeutet, falsch, so fällt damit auch seine prinzipielle Lehre von der Trennung der Verbindlichkeiten.

Dessenungeachtet sollen doch die Resultate Nussbaums gewürdigt werden.

Einerseits geschieht das deshalb, um unsere Übereinstimmung mit Nussbaum bezüglich der rechtlichen Behandlung eines Teiles der Fälle der „unechten Verbindlichkeiten" zu begründen, andrerseits deshalb, um dort, wo wir im Resultat nicht mit Nussbaum übereinstimmen, die in den Voraussetzungen als unrichtig erkannte Lehre auch in ihren Konsequenzen ad absurdum zu führen.

Wenn Nussbaum auf die Verpflichtungen zu solchen Handlungen, die den Handelnden entweder vor Schaden bewahren, oder ihm irgend einen Vorteil bringen sollen, den § 278 BGB. nicht angewendet wissen will, so ist ihm darin nur beizustimmen; doch nicht aus dem Grunde, weil diese Verpflichtungen nicht auf Übertragung eines „Guts" an eine von dem Handelnden ver-

[10]) Greinert a. a. O. S. 22 bringt übrigens Beispiele dafür, dass „Leisten" auch ohne einem bestimmten Empfänger der Leistung denkbar ist.

[11]) Vergl. Feder a. a. O. S. 43/44, Anmerkung 4.

schiedene Person gerichtet sind, — also nach Nussbaum nur „unechet Verbindlichkeiten" sind —, sondern deshalb, weil diese sogenannten Verpflichtungen überhaupt keine Verpflichtungen, und demnach auch keine Verbindlichkeiten, weder „echte" noch „unechte" sind.

Der Hauseigentümer des Nussbaumschen Beispiels ist der Versicherungsgesellschaft durchaus nicht zur Reparatur seines Hauses verpflichtet. Wenn er die Reparatur nicht vornehmen will, hat die Gesellschaft kein Mittel ihn zu zwingen. Es tritt für ihn nur der Nachteil ein, dass er seines Ersatzanspruches verlustig geht.

Demnach stellt sich diese sogenannte Verpflichtung lediglich als Voraussetzung für die Erhaltung des Anspruchs aus dem Versicherungsvertrage dar.[12]

Auf solche Voraussetzungen hat aber noch niemand den § 278 BGB. anwenden wollen.

Man kann hiergegen auch nicht etwa einwenden, dass doch der Gesetzgeber selbst, indem er in den §§ 254 und 351 BGB. ausdrücklich auf den § 278 BGB. Bezug nimmt, diese Art Pflichten als Verbindlichkeiten im Sinne des § 278 BGB. ansieht; denn die §§ 254 und 351 BGB. sind als Ausnahmebestimmungen gedacht.

Obwohl weder eine Verbindlichkeit des Geschädigten, den Schadenstifter auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, noch auch eine Verbindlichkeit dessen, der sich ein Rücktrittsrecht erhalten will, auf ordnungsmässige Behandlung seiner Sache besteht, sollte hier doch ausnahmsweise der § 278 BGB. Anwendung finden.

Diese Auffassung findet ihre Bestätigung in der ausdrücklichen Verweisung auf § 278 BGB., die höchst überflüssig gewesen wäre, wenn der Gesetzgeber diese Pflichten als Verbindlichkeiten angesehen hätte; denn dann hätte ja der § 278 BGB. ohne weiteres Anwendung gefunden.[13]

---

[12]) Ebenso RG. Bd. 58 S. 343 ff. besonders S. 346 und Bd. 62 S. 190 ff. besonders S. 192.

[13]) Ebenso Schollmeyer: Das Recht der Schuldverhältnisse 1900, S. 46 und 262; Priewe a. a. O. S. 64/65; Feder a. a. O. S. 51 ff.

Nussbaum scheidet weiter in Verfolgung des Obersatzes, dass Leistung nur Übertragung eines „Guts“ ist, wie schon erwähnt, die Verpflichtung zur Sorgfalt aus den Kreis der „echten“ Verbindlichkeiten und damit aus den Geltungsbereich des § 278 BGB. aus.

Nach seiner Auffassung ist Sorgfalt „nur eine Qualität des Verhaltens, eine bestimmte Willensrichtung in der man handelt, aber nicht selbst eine Handlung und noch viel weniger eine Leistung.“

Dem lässt sich entgegenhalten, dass manche Handlungen erst durch die Sorgfaltspflicht ausgelöst werden.

Die Verpflichtung zur Sorgfalt bestimmt mich zuweilen, in ganz bestimmter Richtung tätig zu werden; beispielsweise werde ich lediglich durch diese Verpflichtung bestimmt, das im Freien liegen gelassene, entliehene Buch beim Fallen der ersten Regentropfen ins Haus zu holen. Die Verpflichtung zur Sorgfalt ist hierbei nicht nur eine Qualität des Verhaltens, sondern eine Verpflichtung zum Handeln.

Ich kann eben der Aussenwelt die Beobachtung der schuldigen Sorgfalt in Bezug auf eine bestimmte Sache nur dadurch erkennbar machen, dass ich bestimmte Handlungen vornehme oder nicht vornehme.

Demnach ist die Sorgfaltspflicht, als Verpflichtung zur Willensbestimmung, die durch Handlungen oder Unterlassungen in die Erscheinung treten muss, der Verpflichtung zum Handeln oder Unterlassen adäquat, sie ist selbst eine Verpflichtung zum Handeln oder Unterlassen.

Ist aber die Sorgfaltspflicht, eine Verpflichtung zu Handlungen oder Unterlassungen, so ist sie, da Handlungen oder Unterlassungen nach § 241 BGB. den Inhalt der Leistungspflicht bilden, auch eine Verbindlichkeit.[14]

Diese Ausführungen erleiden jedoch eine Einschränkung dahin, dass damit allerdings nur die Sorgfaltspflicht gemeint ist, die

[14]) Ähnlich Greinert a. a. O. S. 24. Vergl. auch v. Schwartz a. a. O. S. 20.

Ausfluss eines Schuldverhältnisses ist; denn die allgemein für jeden bestehende Verpflichtung zur Sorgfalt kann man — darin stimmen wir mit Nussbaum überein — nicht als Verbindlichkeit ansprechen, wie beispielsweise die Verpflichtung des Freundes, der sich in meinem Zimmer aufhält, keinen der im Zimmer befindlichen Gegenstände zu beschädigen.

Wo aber Sorgfalt auf Grund eines Schuldverhältnisses geschuldet wird, da besteht keine Veranlassung, diese Verpflichtung zu deklassieren; es ist genau dieselbe Verpflichtung, wie Nussbaums Hauptverpflichtung.

Die Verbindlichkeit verpflichtet eben zu einem dem Endzweck der Obligation, der Befriedigung eines Privatinteresses des Gläubigers,[15] dienendem Verhalten oder, wie Bruck es ausdrückt, „Die Erfüllung der Verbindlichkeit umfasst das ganze vertragliche Verhalten des Schuldners",[16] welches Verhalten wieder eine Reihe von Verbindlichkeiten erzeugen kann, die alle ihrer Natur nach der Hauptverbindlichkeit koordiniert sind.

Wie die Zelle aus sich selbst heraus neue Zellen aufbaut, bis sie selbst mit den Tochterzellen vernichtet wird, so erzeugt die Verbindlichkeit immer neue Verbindlichkeiten, bis das Privatinteresse des Gläubigers befriedigt, also die Obligation vernichtet ist.

Besonders wichtig ist die hier erörterte Sorgfaltspflicht in Schuldverhältnissen, die auf Überlassung des Gebrauchs oder Genusses auf Zeit gehen.

Als solche kommen vor allem Miete, Pacht und Leihe in Betracht.

Gerade bei diesen Schuldverhältnissen, die im täglichen Leben so überaus häufig vorkommen, lässt sich am deutlichsten erkennen, zu welch unerträglichen Resultaten die Nussbaumsche Lehre führt.

Der Freund, der von mir eine Reihe kostbarer Gegenstände entliehen hat, schuldet mir nach Nussbaum als Hauptverpflichtung

---

[15]) Vergl. Hartmann a. a. O. S. 37—62, speziell Seite 53, auch Seite 272.

[16]) Vergl. Bruck: Die Obhutspflicht des Mieters und seine Haftung für Dritte; im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 27 S. 126.

die Rückgabe. Nur bei Erfüllung dieser Rückgabepflicht würde er für das Verschulden der zugezogenen Gehülfen haften, nicht dagegen, wenn seine Dienstboten beim Gebrauch der Gegenstände diese zerbrochen; denn da ja nach Nussbaum die Sorgfaltspflicht nur eine Nebenverpflichtung ist, kann § 278 BGB. nicht angewendet werden, sondern höchstens § 831 BGB., d. h. wenn dessen sonstige Voraussetzungen gegeben sind, was durchaus nicht immer der Fall zu sein braucht. Aber auch wenn § 831 BGB. in Betracht kommt, so ist seine Anwendung doch immer ein zweischneidiges Schwert, da er den Exkulpationsbeweis zulässt, so dass der Freund unter Umständen garnicht haftet.

Verträgt sich aber ein solches Ergebnis mit dem Rechtsempfinden!

Dasselbe Resultat hätten wir bei der Miete und Pacht.

Diese Nussbaumsche Auslegung heisst, um mit Feder[17] zu reden, „dem Gedanken des § 278 BGB. seine Schärfe nehmen nnd die Verantwortlichkeit des Schuldners formalistisch zerstückeln."

Das Gesetz bietet jedenfalls keine Handhabe für eine so folgenschwere Trennung in Haupt- und Nebenverbindlichkeiten, und nur dieses allein darf uns massgebend sein.

Man hat sich denn auch gegen Nussbaums Lehre allgemein ablehnend verhalten.[18]

---

17) Vergl. Feder a. a. O. S. 44.

18) Gegen Nussbaum: Matthiass § 83 II. B. Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse 1906, § 278, 3a Absatz 2 und im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 15 S. 451. Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts 1902, Bd. 2, S. 113. Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 1903, Bd. 1 § 116 S. 655. Planck: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz 1907 Bd. 2 § 278, 3 Abs 2. Schollmeyer a. a. O. S. 104c. Titze: Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht 1900 S. 89. Kisch: Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit bei gegenseitigen Verträgen dem BGB. S. 105. Bruck a. a. O. S. 110ff. Fischer: Die nicht auf dem Parteiwillen gegründete Zurechnung fremden Verschuldens nach nach dem BGB. 1904. S. 22 23. Ramdohr: Rezension der Nussbaumschen Schrift in Gruchots Beiträgen Bd. 43 S. 270—272. Feder a. a. O. S. 43—46. Schütz: Die Haftung für das Verschulden von Gehülfen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Dissertation Jena 1901 S. 24ff und S. 47. Wertheimer a. a. O. S. 34ff. Blau a. a. O. S. 23/24. Breitenstein a. a. O.

Besonders ist die von ihm befürwortete Ausscheidung der Sorgfaltspflicht aus den Kreis der Verbindlichkeiten zurückgewiesen worden. Mit Recht!

Denn die Verbindlichkeit umfasst — nochmal sei es hervorgehoben — das ganze von dem Schuldner auf Grund der Obligation geforderte Verhalten und zwar ohne Unterschied Tun sowohl wie Unterlassen. Jede Pflicht, die dem Schuldner innerhalb dieser Sphäre obliegt, — und sei sie auch noch so gering — ist wiederum eine Verbindlichkeit, die der grossen Hauptverpflichtung völlig gleichberechtigt gegenübersteht.

Auf „die Verbindlichkeit" muss in irgend einer Weise durch das Verschulden der Gehülfen schädigend eingewirkt werden.

Es kann sich hierbei ganz allgemein um Nichtvornahme der schuldigen Leistung handeln, oder auch nur um nicht gehörige Vornahme. Die letztere Alternative wird praktisch am häufigsten sein und namentlich auch die Fälle umfassen, in denen der Schuldner durch die Schuld der Gehülfen mit der Leistung in Verzug kommt.

In allen Fällen aber ist besonderes Gewicht darauf zu legen, dass der erforderliche Kausalzusammenhang zwischen der Verletzung der Verbindlichkeit und der Handlung oder Unterlassung der Gehülfen gewahrt ist, dass also die Verbindlichkeit durch die Handlung oder Unterlassung der Gehülfen verletzt ist, wenn anders eine Haftung für diese eintreten soll.

Nach diesen zur Klärung des Begriffs „Verbindlichkeit" notwendigen Erörterungen, ist darauf einzugehen, unter welchen Voraussetzungen man die „Gehülfeneigenschaft" erwirbt.

S. 29/30. Greinert a. a. O. S. 22 ff. Hoffmann a. a. O. S. 110—128. Asmis: Die Haftung des Schuldners für die Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient nach gemeinem Recht und dem Rechte des BGB. Dissertation Greifswald 1900 S. 62. Weinreich a. a. O. S. 60/61.

b) Verwendung von „Gehülfen" zur Erfüllung der Verbindlichkeit.

Der Schuldner hat nach § 278 BGB. ausser für den gesetzlichen Vertreter einzustehen für die „Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient."

Da — wie bereits erwähnt wurde — der gesetzliche Vertreter aus den Kreis dieser Betrachtungen ausscheidet, haben wir uns hier nur mit den Personen zu beschäftigen, „deren sich" der Schuldner „zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient."

Man hat sich in der Literatur allgemein daran gewöhnt, diese Personen mit einem kurzen Stichwort zu kennzeichnen, ohne sich indessen auf einen bestimmten Ausdruck zu einigen.[19]

Uns scheint der Ausdruck „Gehülfe", der häufig deshalb verworfen wird, weil er ein Unterordnungsverhältnis andeute, immer noch der geeignetste zu sein, vor allem auch deshalb, weil er der historisch überkommene ist.

Der Meinung der Gegner, dass durch ihn die Fälle nicht getroffen würden, wo der Gehülfe vom Schuldner vollkommen unabhängig ist, kann nicht beigepflichtet werden, und ein sonstiger Grund gegen seine Verwendung besteht nicht.[20]

Welche Voraussetzungen müssen nun vorliegen, damit die handelnde Person sich als „Gehülfe" darstellt?

Zunächst ist vorauszuschicken, dass es sich immer um befugte Gehülfenzuziehung handeln muss; denn ist das nicht der Fall, findet ja § 278 BGB. gar keine Anwendung. Der Schuldner hat dann lediglich eigene Schuld zu vertreten und wird aus § 276 BGB. für allen Schaden verantwortlich gemacht, der aus der Verwendung der Gehülfen entstanden ist.[21]

Ist diese Vorbedingung gegeben, dann ist weiter zu verlangen, dass zwischen Schuldner und Gehülfen eine Beziehung vorliegt, die jedoch ihrer rechtlichen Natur nach nicht auf Auftrag

---

[19]) Vergl. Fischer a. a. O. S. 16.

[20]) Der Ausdruck „Gehülfe" wird übrigens auch vom BGB. bei Verweisungen auf den § 278 gebraucht. Siehe die §§ 664 und 691 BGB.

[21]) Ebenso Matthiass a. a. O. § 83, II, B. Planck a. a. O. § 278 2b. Enneccerus a. a. O. S. 112. Kuhlenbeck a. a. O. § 278, I, 2b.

beschränkt zu sein braucht.[22] Das Innenverhältnis kann vielmehr auch Dienst- oder Werkvertrag oder ein beliebiger anderer Vertrag sein.

Die auf familien- und erbrechtlicher Basis beruhenden Beziehungen hat man ebenfalls hierher zu rechnen, und selbst Rechtsverhältnisse publizistischer Natur sind denkbar.[23]

Auf Grund dieser Beziehung zwischen Schuldner und handelnder Person muss nun diese mit Wissen und Willen des Schuldners tätig werden.

Das ist aus der Wendung des Gesetzes „sich bedient" zu entnehmen.

Man hat daher den Testamentsvollstrecker, Konkursverwalter und Zwangsverwalter nicht zu „den Gehülfen" zu rechnen; denn obwohl diese Personen eine Verbindlichkeit des Schuldners erfüllen, tun sie dies doch ohne Rücksicht auf Wissen und Willen des Schuldners.

Aus dem gleichen Grunde ist der auftraglose Geschäftsführer, der für den Schuldner eine Verbindlichkeit erfüllt, nicht „Gehülfe" im Sinne des § 278 BGB.

Er kann dies jedoch dadurch werden, dass der Schuldner sein Handeln nachträglich genehmigt,[24] welche Genehmigung bereits in der stillschweigenden Duldung der Hülfeleistung liegen kann.

Diese Genehmigung ist jedoch zur Haftbarmachung des Schuldners für den negotiorum gestor dann nicht erforderlich, wenn dieser nach § 679 BGB. eine Pflicht des Schuldners, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, oder eine gesetzliche Unterhaltspflicht desselben erfüllt.

Wenn das Gesetz hier das vom negotiorum gestor geschlossene Geschäft gültig sein lässt, ohne nach der Genehmigung des Geschäftsherrn zu fragen, so entspricht es unseres Erachtens auch den Intentionen des Gesetzgebers, dass der Geschäftsherr für

---

[22]) Ebenso Matthiass a. a. O. § 83 IIB.
[23]) Vergl. Nussbaum a. a. O. S. 71.
[24]) Ebenso Planck a. a. O. § 278, 2b Absatz 3. Feder a. a. O. S. 35. Isay: Die Geschäftsführung nach dem BGB. in Fischers Abhand-

ein Verschulden des Geschäftsführers ohne weiteres einzustehen hat und sich nicht etwa auf eine nicht erteilte Genehmigung berufen kann.[25]

Das Erfordernis, dass der Gehülfe mit Wissen und Willen des Schuldners tätig wird, darf man jedoch nicht zu eng fassen und etwa verlangen, dass der Prinzipal um jede Handlung des Gehülfen wissen müsste.

Es genügt vielmehr, dass der Schuldner allgemein den Willen erkennbar gemacht hat, dass Gehülfen bei der Erfüllung seiner Verbindlichkeit mitwirken sollen, was im Wege der Kundgebung oder stillschweigenden Vereinbarung geschehen kann;[26] ob er dann in jedem Augenblick weiss, dass der Gehülfe jetzt gerade diese oder jene Erfüllungshandlung vornimmt, ist gleichgültig. Das würde bei den modernen Grossbetrieben mit ihrer differenzierten Arbeitsteilung auch undurchführbar sein.

Ein Entgelt braucht der Gehülfe für seine Tätigkeit nicht zu bekommen; ebenso ist es unerheblich, ob er vom Schuldner abhängig oder unabhängig ist, ob er die Leistung allein bewirkt oder nur unterstützend tätig wird,[27] ob er von der Verbindlichkeit des Schuldners weiss oder dieselbe nicht kennt.

Zu beachten ist auch, dass der Gehülfe stets ein vom Schuldner verschiedenes Rechtssubjekt bildet.

Das klingt trivial, ist aber für die Frage, ob der Vorstand, die Vorstandsmitglieder und andere verfassungsmässig berufenen Vertreter einer juristischen Person „Gehülfen" sind, von der grössten Bedeutung.

---

lungen Bd. 6 S. 378. Oertmann a. a. O. S. 95. Wimmer: Die Haftung für das Verschulden von Gehilfen. Dissertation Leipzig 1904 S. 26. Nussbaum a. a. O. S. 66. Priewe a. a. O. S. 55. Wertheimer a. a. O. S. 32. Asmis a. a. O. S. 3. Schütz a. a. O. S. 28. Weinreich a. a. O. S. 53. Breitenstein a. a. O. S. 26 Hoffmann a. a. O. S. 135. Dagegen Dernburg a. a. O. Bd. II, 1 S. 146. Wolff: Die Haftung für dritte Personen nach dem BGB. Dissertation Rostock 1907 S. 10. Titze a. a. O. S. 88.

[25]) Übereinstimmend Weinreich a. a. O. S. 53/54. Abweichend Feder S. 36.

[26]) Bruck a. a. O. S. 119.

[27]) Vergl. Matthiass a. a. O. § 83 II B.

Es muss hier auf die Frage etwas näher eingegangen werden.

Gesetzliche Vertreter sind der Vorstand, die Vorstandsmitglieder u. s. w. nicht; es kann sich daher höchstens darum handeln, ob sie zu den Gehülfen zählen.

Um das zu entscheiden, müssen wir uns darüber klar werden, in welchem Verhältnis die genannten Personen zu der juristischen Person stehen.

Die herrschende Ansicht, der wir uns anschliessen, vertritt in dieser Frage die sogenannte Organschaftstheorie, wie sie namentlich von Laband[28] am klarsten formuliert worden ist.

„Bei der Vertretung in Organschaft handelt aber" — nach Laband — „die juristische Person selbst und unmittelbar; ihr Vorstand" — was in gleicher Weise auch von Vorstandsmitgliedern und anderen verfassungsmässig berufenen Vertretern gilt — „tritt nicht als ein von ihr verschiedenes Rechtssubjekt dem Dritten gegenüber, sondern die juristische Person handelt durch ihn, sie bedient sich desselben, wie sich die physische Person des Mundes und der Hand bedient."[29]

Daraus geht ohne weiteres hervor, dass die Organe der juristischen Personen nicht Gehülfen im Sinne des § 278 BGB. sind; denn sie bilden mit derselben (der eventuellen Schuldnerin) einen einheitlichen Organismus, sie sind selber ein Stück der juristischen Person. Der Gehülfe des § 278 BGB. muss aber ein vom Schuldner verschiedenes Rechtssubjekt sein.

Ebensowenig wie die Organe der juristischen Person, die organschaftlichen Vertreter, sind die rechtsgeschäftlichen Vertreter

---

[28]) Vergl. Laband im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 73, S. 187/188.

[29]) Vergl. Laband a. a. O. Ebenso Gierke: Genossenschaftstheorie S. 81, 620 ff, 784/85 und Deutsches Privatrecht Bd. 1 S. 472. Regelsberger: Pandekten Bd, 1 S. 323. Eck: Vorträge u. s. w. Bd. 1. S. 86. Oertmann: Rechtsgrundsätze des Reichsgerichts im Archiv für bürgerl. Recht Bd. 10, S. 192. Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich Bd. 1 § 33. Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1 § 39 S. 175. R. O. H. Bd. 5 Nr. 48 S. 211. Seufferts Archiv Bd. 5 Nr. 281 S. 378 ff und Bd. 44 Nr. 178 S. 292 ff.

— wie bereits erwähnt wurde[30] — zu den Gehülfen des § 278 BGB. zu rechnen.

Eine Anzahl von Autoren ist anderer Ansicht.[31] Mit Unrecht; denn die Motive[32] sagen klar und deutlich, dass „der Fall, wenn der Schuldner einen Dritten zu seiner rechtsgeschäftlichen Vertretung bestellt hat,“ hier nicht in Betracht kommt, „weil dieselbe in der in Frage stehenden Beziehung an sich unerheblich erscheint und nur von Belang wird, wenn der Stellvertreter bei der Bewirkung der Leistung tätig ist, in welchem Falle er als faktischer Vertreter jedem anderen gleich steht, dessen sich der Schuldner zur Bewirkung der Leistung bedient.“

Natürlich kann der rechtsgeschäftliche Vertreter im gegebenen Falle auch gleichzeitig einmal Gehülfe sein, wenn er — wie die Motive sagen — zur Bewirkung der Leistung tätig ist.[33] Daraus folgt jedoch nicht, dass jeder rechtsgeschäftliche Vertreter „Gehülfe“ ist.

Die Gegner stützen sich — wenn überhaupt eine Begründung gegeben wird — darauf, dass im § 278 BGB. neben der Gehülfenhaftung die Haftung für den gesetzlichen Vertreter geregelt ist. Nun wird folgendermassen argumentiert: Gesetzliche Vertretungsmacht und gewillkürte Vertretungsmacht werden im BGB. den gleichen Rechtsregeln unterstellt (vergl. §§ 164—181); es ist daher allgemein anzunehmen, dass das Gesetz auch sonst wenn es eine Bestimmung für den gesetzlichen Vertreter trifft, den rechtsgeschäftlichen Vertreter ebenso behandelt wissen will.

---

[30]) Vergl. S. 43.

[31]) So Meisner: Das Recht der Schuldverhältnisse, Kommentar zum zweiten Buche des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches Bd. 2, § 278. Anmerkung 3. Brückner im „Recht“ 1991, S. 339. Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch 8. Auflage 1906, Bd. 1. Eskurs zu § 58, Anmerkung 26a,α und 27. Enneccerus a. a. O. § 267 II, 1. Unklar Schütz a. a. O., vergl. S. 13 und S. 72—79.

[32]) Vergl. Motive Bd. 2, S. 29.

[33]) Ebenso R.G. Bd. 55 Nr. 82 S. 331. Schollmeyer a. a. O. S. 104 § 278, 1, c. Fischer a. a. O. S. 31. Feder a. a. O. S. 28. Man denke z. B. an eine Verbindlichkeit auf Abschluss eines Vertrages. Lässt der Schuldner hier den Vertrag durch einen Dritten abschliessen, dann ist dieser gleichzeitig Vertreter und Gehülfe.

Da nun im § 278 BGB. wohl der gesetzliche, nicht aber auch der rechtsgeschäftliche Vertreter genannt ist, hat man daraus den Schluss zu ziehen, dass der Gesetzgeber die Aufzählung des rechtsgeschäftlichen Vertreters für überflüssig hielt, weil er glaubte, dass dieser schon in den Personen, deren sich der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, enthalten ist.

Es wird hier von den Gegnern ein Punkt übersehen, der besonders hervorgehoben werden muss.

Man nimmt nämlich an, dass im § 278 BGB. für den gesetzlichen Vertreter eine besondere Haftung in seiner Stellvertretereigenschaft statuiert wird. Das ist jedoch nicht der Fall.

Der gesetzliche Vertreter kommt vielmehr im § 278 BGB. nur als „Gehülfe" in Betracht.

Seine besondere Anführung war daher im Grunde genommen überflüssig, weil er schon unter die Personen gehört, deren sich der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient. Wenn er trotzdem aufgenommen wurde, so geschah dies nur „der Vollständigkeit halber." [34]

Es wäre auch merkwürdig, wenn sich hier gerade, ganz ausserhalb alles Zusammenhangs, eine Stellvertretungsbestimmung finden sollte, nachdem die Stellvertretung in den §§ 164—181 BGB. abschliessend geregelt ist.

Ist aber der gesetzliche Vertreter im § 278 BGB. nicht in seiner technischen Vertretereigenschaft genannt, dann kann man auch nicht von einer gleichen Behandlung des rechtsgeschäftlichen Vertreters sprechen und diesen unter die Gehülfen des § 278 BGB. fallen lassen.

Dass natürlich für einen rechtsgeschäftlichen Vertreter ebenfalls gehaftet wird, ist selbstverständlich, aber nicht aus § 278 BGB., sondern aus den §§ 164, 166 BGB.[35]

---

[34]) Motive Bd. 2 S. 30—31.

[35]) Ebenso Matthiass a. a. O. § 83 II, E. Feder a. a. O. S. 26. Blau a. a. O. S. 19—22. In dem hier vertretenen Sinne auch Planck § 278 Anmerkung 1. Crome a. a. O. § 157 S. 117. Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse § 278, 3 b α. Endemann a. a. O. § 116 1 a und Anmerkung 4. RG. Bd. 49, 26. RG. D. J. Z. 05, 862.

Die befugt zugezogene, mit Wissen und Willen des Schuldners auftretende Person muss zur Erfüllung „einer Verbindlichkeit" des Schuldners tätig werden.

Wo also keine Verbindlichkeit vorliegt, sind die zugezogenen Personen auch nicht Gehülfen.

Den Begriff „Verbindlichkeit" hatten wir oben bereits abgegrenzt und dabei gesehen, dass auch die dem Schuldner auf Grund eines Schuldverhältnisses obliegende Sorgfaltspflicht eine „Verbindlichkeit" ist.

Überträgt daher der Schuldner die Obhut der Sache, bezüglich deren er selbst auf Grund eines Schuldverhältnisses Sorgfalt schuldet, einem Dritten, so ist dieser ebenfalls Gehülfe des Schuldners.

Eine solche Übertragung der Obhut liegt z. B. in der Gewährung des Mitgebrauchs der gemieteten Sache,[36] wie das bei der Wohnungsmiete etwas Alltägliches ist. Der Mieter, der hier seine Dienstboten, Familienangehörigen und den Logierbesuch an der Befugnis die Wohnung zu gebrauchen, teilnehmen lässt, hat demnach ein diesen bei Ausübung der Befugnis zur Last fallendes Verschulden nach § 278 BGB. zu vertreten. Aber nicht schon deshalb, weil diese Personen die Befugnis ausüben, sondern weil sie die der Befugnis als Korrelat anhaftende Pflicht zur sorgfältigen Behandlung der gemieteten Wohnung verletzt haben.[37]

Die Übertragung der Obhut seitens des Schuldners kann ferner in der Eingehung eines Schuldverhältnisses mit Dritten liegen, kraft dessen der Schuldner die Sache, bezüglich deren die Sorgfaltspflicht besteht, dem Dritten auszuantworten hat, und dieser wiederum dem Schuldner auf Grund des neuen Schuldverhältnisses zur sorgfältigen Behandlung der Sache verpflichtet ist.

Alle diese neuen Schuldner erfüllen dann die Sorgfaltspflicht des Schuldners und sind nach dem Gesagten hierbei als „Gehülfen"

---

36) Ausführliches hierüber bei Bruck a. a. O.

37) Ebenso Crome a. a. O. § 157 S. 118, dazu Anmerkung 21.

desselben anzusehen, obwohl die Beziehung zwischen haftender und handelnder Person ziemlich lose ist.[38]

Der § 278 BGB. fordert weiter, dass sich die Tätigkeit der zugezogenen Personen als „Erfüllung“ einer Verbindlichkeit des Schuldners darstellt.

Was hat man darunter zu verstehen?

U. E. lässt sich „die Erfüllung“ der Verbindlichkeit kurz definieren als die Realisierung der die Verbindlichkeit ausmachenden Leistungspflicht.

Daraus ergibt sich, dass nicht nur die den Endzweck der Obligation direkt herbeiführende Tätigkeit unter den Begriff „Erfüllung“ fällt, sondern auch alle diejenigen Handlungen, die diese letzte Tätigkeit vorbereiten.

Lässt der Schuldner diese Vorbereitungshandlungen durch dritte Personen vornehmen, so wirken diese dadurch an der Erfüllung seiner Verbindlichkeit mit und sind aus diesem Grunde ebenso „Gehülfen“, als wenn sie den Enderfolg direkt herbeiführten.[39] Wir werden daher den Tapeziermeister, der mir mein Zimmer tapezieren soll, für ein Verschulden seines Lehrlings, der auf Geheiss des Meisters die alte Tapete abreisst und dabei ein an der Wand hängendes Bild beschädigt, nach § 278 BGB. verantwortlich zu machen haben, wie das auch dem Rechtsempfinden entspricht.

Nunmehr mag noch zu der Frage Stellung genommen werden, ob zu den Gehülfen des § 278 BGB. auch die Substituten gehören.

Im BGB. findet sich der Ausdruck „Substitut“, der der römisch-gemeinrechtlichen Doktrin entnommen ist, nicht. Gleichwohl darf man daraus nicht den Schluss ziehen, dass dem BGB. die Substitution unbekannt ist. Vielmehr weisen die §§ 664

[38]) Uebereinstimmend Planck a. a. O. § 278, 2 b. Matthiass a. a. O. § 83, II, B. Kuhlenbeck a. a. O. § 278 I, 2 b. Schollmeyer a. a. O. § 278, 1 b. Kisch a. a. O. S. 105.

[39]) Ebenso Matthiass a. a. O. § 83, II B. Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse § 278, 3 b. Endemann a. a. O. S. 654/55. Kisch a. a. O. S. 105. Feder a. a. O. S. 46/47.

Abs. 1, 691 BGB. unzweideutig darauf hin, dass auch das BGB. einen der römisch-rechtlichen Substitution entsprechenden Vorgang kennt.

„Der Substitut" ist eine Person, die anstatt des Schuldners zur Erfüllung einer Verbindlichkeit tätig wird, während im Gegensatze hierzu der Gehülfe neben dem Schuldner erfüllt.

Das Gesagte bedarf einer näheren Erläuterung.

Durch einen der privativen Schuldübernahme analogen Vertrag, der jedoch entgegen der wirklichen Schuldübernahme, zu deren Gültigkeit auch die Genehmigung des Gläubigers genügt, dessen Einwilligung, also vorherige Zustimmung erfordert, übernimmt der Substitut die Verbindlichkeit des Schuldners und erfüllt diese nunmehr aus eigenem Recht. Im Gegensatze hierzu tritt der Gehülfe zum Gläubiger in keinerlei obligatorische Beziehungen, sondern hat es nur mit dem Schuldner zu tun, der — was gegenüber der Substitution hervorgehoben werden muss — innerhalb der Obligationssphäre bleibt, und dem Gläubiger für die Erfüllung der Verbindlichkeit weiter verantwortlich ist.

Kurz lässt sich der Unterschied zwischen Gehülfen und Substituten auch wohl folgendermassen formulieren: Der Gehülfe wird tätig in Erfüllung fremder Verbindlichkeit, der Substitut in eigener.[40]

Nach dieser Begriffsbestimmung des Wortes „Substitut" bedarf es wohl kaum des Hinweises, dass der Substitut nicht zu den Gehülfen des § 278 BGB. gehören kann;[41] denn wer eine

---

[40]) Im Sinne der vorstehenden Ausführungen auch Burchardi a. a. O. S. 29. Conradi a. a. O. S. 3 ff. Abicht: Haftung des Uebernehmers bei einer Werkverdingung für die Handlungen seiner Gewerbegehilfen. Dissertation Göttingen 1891, S. 5 ff. Asmis a. a. O. S. 4. Wertheimer a. a. O. S. 32 ff. Wüstendörfer: Der § 278 BGB. im Lichte des römischen Rechts. Dissertation Strassburg 1897, S. 6 ff.

[41]) Ebenso Matthiass a. a. O. § 83 II B. Absatz 2. Enneccerus a. a. O. S. 112. Rehbein: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen für das Studium und die Praxis, Bd. 2. 1903 Erläuterung 92 zu den §§ 241—292 S. 106. Fischer-Henle: Handausgabe des BGB. München 1906, § 278,3. Endemann a. a. O. § 116 Note 8. Fischer a. a. O. S. 20. Redlich: Die Haftung des Schuldners für die Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient. Dissertation Greifswald 1901, S. 48 ff. Schütz a. a. O. S. 29. Greinert a. a. O. S. 27. Wert-

eigene Verbindlichkeit erfüllt, kann keine Person sein, deren sich der Schuldner zur Erfüllung „seiner" Verbindlichkeit bedient.

Mit der Wendung des Gesetzes „Personen, deren sich der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, sind vielmehr nur „die Gehülfen" gemeint, welche Annahme dadurch bestärkt wird, dass das BGB. in den §§ 664 Abs. 1 und 691 den Ausdruck „Gehülfe" unter Verweisung auf § 278 BGB. gebraucht, während es „die Dritten" (Substituten), denen man im § 664 Abs. 1 mit Erlaubnis des Gläubigers die Ausführung des Auftrags übertragen hat, oder bei denen man nach § 691 die hinterlegte Sache mit Erlaubnis des Hinterlegers weiter hinterlegt hat, an die Stelle des Substituendus treten lässt und diesen nur aus dem Gesichtspunkt etwaiger culpa in eligendo haften lässt.

Der Einwand Feders, dass der Gesetzgeber, wenn er nur die Gehülfen im § 278 BGB. hätte treffen wollen, wohl auch diesen Ausdruck verwändt hätte, verliert an Bedeutung, wenn man bedenkt, dass die Aufnahme dieses Ausdrucks im § 278 BGB. wegen der mehrfachen Verwendung desselben in einem anderen, nicht technischen Sinne, beispielsweise in den §§ 456, 830 Abs. 2, 2237 BGB. leicht zu Missverständnissen hätte Anlass geben können. Dem wollte wohl der Gesetzgeber vorbeugen und prägte daher die Wendung „Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient."

Die hergebrachte Begriffsbestimmung des Wortes „Substitut"[42] ist nun von Nussbaum verworfen worden, welcher „Substituten" und „Quasisubstituten" unterscheidet.[43]

Der „Quasisubstitut" ist der Substitut in unserem Sinne, dem er den eigentlichen Substitutionsfall" gegenüberstellt, wo der

---

heimer a. a. O. S. 32ff. Wüstendörfer a. a. O. S. 6ff. Wimmer a. a. O. S. 28 bis 30. Dagegen freilich Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse § 278, 2b δ. Schollmeyer a. a. O. § 278 1b. Feder a. a. O. S. 38ff. Breitenstein a. a. O. S. 27. Priewe a. a. O. S. 56. Hoffmann a. a. O. S. 153. Blau a. a. O. S. 15.

[42]) Vergl. S. 61 Note 40.

[43]) Nussbaum S. 68ff. Auf Nussbaums Spuren wandeln Feder a. a. O. S. 38ff. Blau a. a. O. S. 15, Priewe a. a. O. S. 56, 60. Breitenstein a. a. O. S. 27. Hoffmann a. a. O. S. 153.

Schuldner in obligatione bleibt, der Substitut aber gleichwohl an Stelle des Schuldners leistet.

Unter Zugrundelegung dieser Terminologie lässt Nussbaum die Gehülfen und Substituten unter den § 278 BGB. fallen, während er die Quasisubstituten vom § 278 BGB. ausnimmt.

Materiell kommt also Nussbaum, wie es anders auch garnicht möglich ist, zu demselben Resultat, wie wir; er wählt nur andere Bezeichnungen.

Seine Unterscheidung scheint uns aber in nichts gerechtfertigt und dürfte praktisch auch wertlos sein.

Sie ist höchstens geeignet, Verwirrung in die anerkannten klaren Begriffe „Gehülfe" und „Substitut" zu bringen und muss aus diesem Grunde abgelehnt werden.

II. Die Haftung selbst.

a) Die schuldhaften Handlungen, die eine Haftung auslösen, und ihre Beziehung znr Erfüllung.

Wir kommen jetzt zu dem Kernpunkt der ganzen Abhandlung, zu der Frage, ob eine engere Beziehung zwischen der schuldhaften Handlung des Gehülfen und der Erfüllung vorliegen muss, oder ob auch eine entferntere denkbar ist.

Haftet der Schuldner nach § 278 BGB. nur für das Verschulden der Gehülfen „bei Erfüllung"[44] der Verbindlichkeit —

[44]) So im einzelnen etwas differierend die herrschende Meinung. Vergl. Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse § 278 Anmerkung 3b δδ. Matthiass a. a. O. § 83 II B. Planck a. a. O. § 278 Nr. 3. Rehbein a. a. O. Bemerkung 93 zu §§ 241—292. Cosack a. a. O. Bd. I S. 255. Kuhlenbeck a. a. O. § 278 III. Staub a. a. O. Exkurs zu § 58 Anmerkung 29. Endemann a. a. O § 116, 2 speziell auch Note 11. Enneccerus: Recht der Schuldverhältnisse 1910, Bd. I, 2 des Lehrbuchs des Bürgerlichen Rechts von Enneccerus-Kipp-Woiff § 267 II, 2 S. 111. Eck a. a. O. § 55, 2 S. 274. Schollmeyer a. a. O. § 278, 1 c S. 104. Crome a. a. O. § 157 b S. 118. Goldmann-Lilienthal Bd. 1 S. 328 ff. Nussbaum a. a. O. S. 73 ff. Fischer-Henle § 278, 3. Isay: Die Geschäftsführung nach dem BGB. In Fischers Abhandlungen Bd. 6, S. 405. Blau a. a. O. S. 25. Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens 1899, Bd. II, 1 § 68 III e. Brückner im „Recht" 1901 S. 339. RG. Bd. 63 Nr. 86 S. 343/344. RG. J. W. 06 S. 460—469. Asmis a. a. O. 61. Redlich a. a. O. S. 52 ff. Priewe a. a. O. S. 85.

worunter wir auch die Vorbereitungshandlungen zu verstehen haben — oder muss er für jedes „bei Gelegenheit“[45] der Erfüllungshandlung vorgekommene Verschulden einstehen, zu dem die Erfüllung lediglich die zeitlichen und räumlichen Bedingungen setzte?

Aus der Fassung des Gesetzesparagraphen kann man keinen Schluss ziehen, auf welchem Standpunkte der Gesetzgeber steht; denn er spricht nur von „einem Verschulden“ der Personen, deren sich der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient. Wir müssen daher versuchen, den Gedanken des Gesetzgebers durch eine Untersuchung in systematischer Hinsicht unter Berücksichtigung der Vorgeschichte des § 278 BGB. herauszuschälen. Zuvor sei jedoch gestattet, auf die Gründe näher einzugehen, die von den Vertretern der uneingeschränkten Haftung, die also für die Haftbarmachung des Schuldners ein Verschulden der Gehülfen „bei Gelegenheit“ der Erfüllungshandlung genügen lassen, ins Feld geführt werden.

Rümelin, der als Erster die weite Haftung aus § 278 BGB. proklamierte, verweist zur Begründung seiner Ansicht auf die Entstehungsgeschichte des § 278 BGB. und führt folgendes aus:[46] „Während der erste Entwurf von einer Haftung „in Ansehung der Erfüllung“ sprach, ist in der zweiten Lesung und entsprechend in den späteren Fassungen[47] ein weiterer Ausdruck gewählt

---

Wüstendörfer a. a. O. S. 3, 4. Wertheimer a. a. O. S. 40 ff. Wimmer a. a. O. S. 43. v. Schwartz a. a. O. S. 29 ff. Breitenstein a. a. O. S. 31/32. Schneider: Einstehen für Handlungen Dritter nach BGB. §§ 31, 278 und 831. Dissertation Heidelberg 1908 S. 36.

[45]) So M. Rümelin S. 88 ff. v. Liszt: Die Deliktsobligationen im System des BGB. 1898 S. 103 Anmerkung 6, besonders auch S. 105. Feder a. a. O. S. 56 ff., besonders S. 63. Fischer a. a. O. § 37. Pfeiffer: Die ausserkontraktliche Haftung für Handlungen dritter Personen nach §§ 831 und 832 BGB. Dissertation Erlangen 1900 S. 58. Hoffmann a. a. O. S. 172.

[46]) Vergl. M. Rümelin a. a. O. S. 88.

[47]) Der Uebersichtlichkeit halber mögen hier die verschiedenen Fassungen nebeneinander gestellt werden.

Entwurf I § 224 Abs. 2. Der Schuldner haftet in Ansehung der Erfüllung wegen des Verschuldens seines gesetzlichen Vertreters, sowie wegen des Verschuldens derjenigen Personen, deren er sich zur Bewirkung der Leistung bedient.

worden, offenbar absichtlich. Es soll keine Beschränkung auf Erfüllungshandlungen stattfinden."

Die Tatsache, dass nach dem Beschlusse der Redaktionskommission die Wendung „in Ansehung der Erfüllung" weggelassen wurde, steht nun zwar fest, berechtigt aber allein noch nicht zu der Annahme, dass das Motiv hierfür die Erweiterung der Haftung des Schuldners war. Wenn dies der Grund gewesen wäre, wäre in der Denkschrift oder den Protokollen sicherlich darauf hingewiesen worden, wie das sonst bei einschneidenden Änderungen des ersten Entwurfes geschehen ist.

Gerade daraus, dass Denkschrift und Protokolle schweigen, hat man den Schluss zu ziehen, dass eine Änderung des gesetzgeberischen Gedankens im Rümelinschen Sinne nicht beabsichtigt war.

Nussbaum meint, die Änderung geschah aus stilistischen Gründen; und in der Tat, wenn man die jetzige Fassung des Paragraphen mit den früheren vergleicht, drängt sich einem diese Annahme von selbst auf.

Weiter macht Rümelin geltend, dass die enge Auslegung des § 278 BGB. zu unerwünschten Konsequenzen führe, denn es sei „ein wenig erquickliches Resultat, wenn man zwischen dolus und culpa durchschneiden und gerade bei boshaftem und mutwilligem Handeln des Gehülfen die Haftung ablehnen wollte."[48]

Entwurf II § 234. Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Bewirkung der Leistung bedient, in gleichem Umfange zu vertreten, wie eigenes Verschulden. Die Vorschrift des § 233 Absatz 3 findet keine Anwendung.

Bundesratsvorlage § 272. Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfange zu vertreten, wie eigenes Verschulden. Die Vorschrift des § 270 Absatz 2 findet keine Anwendung.

Reichstagsvorlage § 272. Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfange zu vertreten, wie eigenes Verschulden. Die Vorschrift des § 270 Absatz 2 findet keine Anwendung.

BGB. § 278. Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfange zu vertreten, wie eigenes Verschulden. Die Vorschrift des § 276 Absatz 2 findet keine Anwendung.

[48]) Vergl. M. Rümelin a. a. O.

Demgegenüber sei hier einmal allgemein betont, dass die Rücksicht auf das praktische Ergebnis nicht soweit gehen darf, dass dadurch Gedanken in das Gesetz hineingetragen werden, die ihm an sich fremd sind. Ausserdem kann aber durchaus nicht zugegeben werden, dass die enge Auslegung des § 278 BGB. zu unbilligen Resultaten führt. Mit grösserem Rechte könnte man diesen Vorwurf der von Rümelin befürworteten weiten Auslegung des § 278 BGB. machen; denn wohin soll es führen, wenn der Küfermeister — um ein Beispiel Rümelins zu gebrauchen — nach § 278 BGB. dafür einzustehen hat, dass sein Geselle, der dem Kunden den Wein verfüllt, bei dieser Arbeit aus dem Keller des Nachbarn eine Flasche Wein stiehlt oder, wenn wir das Beispiel etwas variieren, dafür nach § 278 BGB. haftet, dass sein Geselle das ihm bei der Arbeit zuschauende Dienstmädchen des Kunden notzüchtigt!

Eine solche Verantwortlichkeit wäre eine ungeheure Belastung des Schuldners, der vielfach im Verhältnis zum Gläubiger der wirtschaftlich Schwächere ist und würde, besonders in den minder bemittelten Schichten des Volkstums, manche Existenz vernichten.

Rümelins Theorie der Gefährdungshaftung, mit der er ebenfalls seine Ansicht zu stützen sucht, muss allerdings konsequent zu einer weiten Auslegung des § 278 BGB. führen; denn hiernach gefährde ich die ganze Sphäre, zu der ich den Gehülfen in Beziehung setze, innerhalb der durch menschliches Vermögen gesteckten Grenzen.

Wer dieser Theorie folgt, wird demnach auch immer ein Anhänger der uneingeschränkten Haftung aus § 278 BGB. sein.[49]

Wir haben diese Theorie abgelehnt; es ergibt sich also für uns mit Notwendigkeit ein Eintreten für die enge und ein Bekämpfen der weiten Auslegung.

Aber selbst wenn man Anhänger der uneingeschränkten Haftung ist, wird man doch zugeben müssen, dass die Inter-

[49]) Man kann das besonders bei Hoffmann verfolgen, der die Rümelinsche Theorie mit einigen Modifikationen angenommen hat. Vergl. Hoffmann a. a. O. S. 85 ff und S. 155—201, besonders S. 184.

pretation der Norm aus dem Gesichtspunkte eines ihr zu Grunde gelegten Prinzips — worauf wir bereits früher hinwiesen — zum mindesten sehr angreifbar, wenn nicht überhaupt wertlos ist.

Die lex lata ist zunächst als etwas Gegebenes zu erfassen und zu interpretieren. Ein Prinzip kann höchstens als Prüfstein der Interpretation dienen.

Wir befinden uns mit dieser Ansicht nicht allein. Sie wird von namhaften Rechtsgelehrten beispielsweise von Stammler[50] geteilt, welcher folgendes ausführt: „Wie immer derartige verallgemeinernden Formulierungen einzelner Rechtsregeln glücken oder misslingen mögen, stets gehören diese „Prinzipien" zu dem geschichtlichen Stoffe und suchen nur, diesen in gewisser Art wiederzugeben. Mit dem unvermeidlichen Wechsel des empirisch bedingten Inhaltes der Rechtsordnungen im Laufe der Geschichte müssen daher jene allgemeinen Sätze notwendig auch sich wandeln. Und deshalb kann man sie als solche in keinem Falle zur Beurteilung von vorhandenem Rechte je nach der Richtigkeit oder Unbegründetheit seines Inhalts verwenden."

Somit scheint mir auch der dritte Grund Rümelins, die Berufung auf die Theorie der Gefährdungshaftung, gleich den anderen von ihm angeführten, bei näherer Prüfung hinfällig. Jedenfalls sind seine Gründe nicht geeignet, uns zu überzeugen. Sehen wir zu, ob dies die Ausführungen v. Liszts vermögen.

v. Liszt führt zunächst gleich Rümelin ins Feld, dass die Bedürfnisse des Lebens die weite Auslegung des § 278 BGB. forderten.[51]

Dass dieses Argument nicht zwingend ist, ausserdem aber auch nicht den Tatsachen entspricht, wurde bereits nachgewiesen. Es erübrigt sich daher, hier darauf einzugehen.

Sodann glaubt v. Liszt aus dem Umstande, dass der Gesetzgeber wohl im § 831 BGB., nicht dagegen im § 278 BGB. den beschränkenden Zusatz „in Ausführung der ihm übertragenen

---

[50]) Vergl. Stammler: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren S. 113ff., besonders S. 116.
[51]) Vergl. v. Liszt a. a. O.

Verrichtung" aufgenommen hat, folgern zu können, dass in der dem § 831 BGB. — nach v. Liszts Meinung — ganz analogen Bestimmung des § 278 BGB. eine Beschränkung der Haftung auf Ausführungshandlungen nicht stattfinden solle, sondern der Schuldner hier auch für solche schuldhaften Handlungen seiner Gehülfen einstehen solle, die diese „bei Ausführung (aus Anlass der Ausführung) der ihnen übertragenen Verrichtungen begangen haben."

Hiergegen spricht, was v. Liszt verkennt, dass die Bestimmungen der §§ 278 und 831 BGB. sich bei aller vielleicht zuzugebenden äusserlichen Ähnlichkeit doch diametral gegenüberstehen.

Der § 278 BGB. regelt die Haftung für Gehülfen in kontraktlichen, der § 831 BGB. in ausserkontraktlichen Verhältnissen.

Das ist an sich etwas ganz Verschiedenes und bietet für einen Analogieschluss von dem einen auf den anderen Paragraphen keine Handhabe, abgesehen davon, dass das argumentum e contrario immer ein unsicheres Beweismittel ist.

Mit dem Hinweis auf die Lebens- und Verkehrsanschauungen, nach denen das durch die weite Auslegung des § 278 BGB. gewonnene Ergebnis im Volke tatsächlich auch als Recht empfunden würde, sucht Feder [52] ein neues Argument für die uneingeschränkte Haftung zu gewinnen. Das Volk wolle diese Haftung, und die Geschäftsleute hielten sich hierfür auch verpflichtet, wie aus der Tatsache hervorgehe, dass viele derselben für allen Schaden, den ihre Angestellten bei Erfüllung einer Verbindlichkeit anrichten, freiwillig aufkommen.

Zudem würden, nach Feders Ansicht, die durch die Gehülfen „bei Gelegenheit" der Erfüllung verursachten Schädigungen in der Praxis so selten sein, dass das durch die weite Auslegung des § 278 BGB. im Einzelfalle gewonnene Ergebnis nicht als unbillig erscheinen könne.

---

[52]) Vergl. Feder a. a. O. S. 62 und 66.

Wenn Feder daraus, dass viele Geschäftsleute freiwillig für alle Schädigungen ihrer Angestellten aufkommen, die diese bei Erfüllung von Verbindlichkeiten begehen, den Schluss zieht, dass eine Volksüberzeugung für die weite Auslegung des § 278 BGB. besteht, so irrt er; denn die Geschäftsleute tun dies nicht deshalb, weil sie sich hierfür verpflichtet halten, sondern weil sie sich die gute Kundschaft, von deren Vorhandensein das Blühen ihres Geschäfts abhängt, erhalten wollen. Es ist einfach eine Notmassregel, geboren aus der Überlegung, dass niemand, der durch ein Verschulden der Angestellten geschädigt ist und dann, wenn überhaupt, nur unter erheblichen Schwierigkeiten Ersatz seines Schadens erlangen kann, mehr mit dem Schuldner (dem Geschäftsinhaber) kontrahieren würde. Und wenn auch wirklich eine Volksüberzeugung für die weite Auslegung des § 278 BGB. bestünde, dürfte man ihr zuliebe einen Widersinn in die lex lata tragen?

Der weitere Hinweis Feders, dass die Seltenheit der „bei Gelegenheit" der Erfüllung begangenen Schädigungen die weite Haftung nicht als unbillig erscheinen lassen würde, ist — mit Verlaub — überhaupt kein Grund für die uneingeschränkte Haftung, sondern scheint mir lediglich ein Beruhigungsmittel für die in Feder aufsteigenden Bedenken zu sein.

Gegen die uneingeschränkte Haftung aus § 278 BGB. spricht auch der Umstand, dass, wenn man den Schuldner für jede schadenstiftende Handlung seiner Gehülfen und demnach auch für die „bei Gelegenheit" der Erfüllung der Verbindlichkeit begangenen Schädigungen nach § 278 BGB. haften lassen wollte, man aus dem Schuldverhältnis zu einer strengeren Haftung des Schuldners für das Verschulden seiner Gehülfen, als für sein eigenes käme; denn wenn er selbst „bei Gelegenheit" der Erfüllung einer Schuldnerpflicht eine schädigende Handlung vornimmt, die sich nicht selbst als eine Verletzung der ihm obliegenden Leistung charakterisiert, so haftet er hierfür nicht nach dem bestehenden Schuldverhältnisse, sondern schlimmstenfalls nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen.

Die Frage, ob der Schuldner auch die „bei Gelegenheit" der Erfüllung begangenen schuldhaften Gehülfenhandlungen zu vertreten hat, kann überhaupt nur auftauchen, wenn man den § 278 BGB., wie das allerdings meist geschieht, als selbständige Schadensersatzbestimmung auffasst und ihn nun ohne Rücksicht auf seine Stellung zu den Nachbarparagraphen interpretiert. Ein solches Vorgehen verdient die schärfste Missbilligung und kann niemals ein richtiges Resultat zeitigen.

Der § 278 BGB. ist vielmehr, wie sich aus der Systematik des Gesetzes und der Vorgeschichte[53] ergibt, mit dem § 276 BGB. in Zusammenhang zu bringen. Dieser Umstand wird meist nicht genügend beachtet und ist doch für die richtige Würdigung des § 278 BGB. von der grössten Wichtigkeit.

Im § 276 BGB. wird die Haftung des Schuldners bei alleiniger Obligationserfüllung ausgesprochen.

Diese Haftung wird dann durch den § 278 BGB. auf die Obligationserfüllung durch Dritte ausgedehnt.

In beiden Fällen ist aber das Verschulden der Art nach das gleiche, nämlich kontraktliches, im Gegensatze zum deliktischen. Das lehrt der Abschnitt „Inhalt der Schuldverhältnisse" und der Titel „Verpflichtung zur Leistung", unter denen beide Paragraphen stehen.

Lässt demnach der § 276 BGB., was unbestritten ist, den Schuldner nur für ein Verschulden gegenüber dem Gläubiger haften und zwar nur für ein solches, das die Erfüllung tangiert, so muss dies auch für den § 278 BGB. gelten; denn der § 278 BGB. ist nur eine Erweiterung des § 276 BGB. Der § 278 BGB. will den Gläubiger lediglich ebenso stellen, als wenn der Schuldner selbst erfüllte, aber um keinen Deut besser. Wir haben also die schuldhaften Gehülfenhandlungen, für die aus § 278 BGB. gehaftet wird, auf Erfüllungshandlungen zu beschränken und solche Handlungen, die die schuldnerische Leistung nicht berühren, zu

---

[53]) Im ersten Entwurf wurde der Rechtsinhalt der §§ 276, 278 BGB. in einem Paragraphen behandelt. Vergl. Entw. I § 224.

denen vielmehr die Erfüllung nur die zeitlichen und räumlichen Bedingungen bot, auszuscheiden.

Diese schuldhaften Handlungen, die nur neben der Erfüllung herlaufen und auf die Obligation nicht einwirken, charakterisieren sich als Delikte. Wie der Schuldner diese nicht aus § 276 BGB. zu vertreten hat, braucht er es auch nicht aus § 278 BGB. Hier kommt dann § 831 BGB. in Betracht, unter dessen sonstigen Voraussetzungen.

Als ganz brauchbares Kriterium kann man folgenden Satz aufstellen: Die Haftung aus § 278 BGB. lösen nur solche schuldhaften Gehülfenhandlungen aus, die bei eigenem Handeln des Schuldners sich als Verletzung der ihm aus der Obligation dem Gläubiger gegenüber obliegenden Pflichten darstellen würden.[54]

Es haftet also, um das Gesagte durch ein Beispiel zu verdeutlichen, der Schuhmacher, dem ich die Schuhe zum Besohlen schickte, wenn sein Gehülfe beim Abtrennen der alten Sohlen (Vorbereitungshandlung) oder beim Befestigen der neuen Sohlen (Ausführungshandlung) das Oberleder der Schuhe beschädigte, nach § 278 BGB., weil es sich hier um kontraktliches Verschulden handelt, und der Schuhmacher, dem bei alleiniger Ausführung der Arbeit das Gleiche passierte, mir aus dem Vertrage haften würde. Dagegen bestünde keine Haftung des Schuhmachers, wenn sein Gehülfe, der die fertigen Stiefel in meine Wohnung bringt, einen Moment meiner Abwesenheit aus dem Zimmer benutzt, um aus der auf dem Tische liegenden Geldbörse ein Goldstück zu stehlen. Diese Handlung liegt gänzlich ausserhalb der Vertragserfüllung, und der Schuhmacher würde mir hier, wenn er sie selbst beginge, auch niemals aus dem Vertrage haftbar sein.

Nach dem von uns eingenommenen Standpunkt kann auch die Frage keine Schwierigkeiten machen, wie Handlungen[55] zu

---

[54]) Ebenso Matthiass a. a. O. § 83 II, B Absatz 1 S. 205. Planck a. a. O. § 278,3; Endemann a. a. O § 116 Nr. 2, besonders Note 11. Staub a. a. O. Exkurs zu § 58 Anmerkung 29. Vergl. auch Weinreich a. a. O. S. 62—64. Greinert a. a. O. S. 32—38.

[55]) Wenn bisher vorzugsweise von schuldhaften Schädigungshandlungen der Gehülfen gesprochen wurde, so geschah das nur der Kürze halber. Dass auch schuldhaftes Unterlassen der Gehülfen den Schuldner

beurteilen sind, die sich einerseits als Vertragsverletzungen charakterisieren, andrerseits aber auch den Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllen. Solche Fälle sind mit dem Masse des kontraktlichen Verschuldens zu messen; denn das kontraktliche Verschulden konsumiert das deliktische.[56]

b) Das Verschulden, insbesondere die Grade desselben.

Der Schuldner hat nach § 278 BGB. ein „Verschulden" der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, zu vertreten.

Aus diesem Worte „Verschulden" folgt, dass der Gehülfe eines Verschuldens fähig sein muss.

Nicht deliktsfähig sind nach den §§ 827, 828 BGB. Kinder unter sieben Jahren, ferner Jugendliche zwischen sieben und achtzehn Jahren, die bei Begehung der schädigenden Handlung die zur Erkenntnis ihrer Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht nicht besessen haben. Unter der gleichen Voraussetzung sind Taubstumme deliktsunfähig, und endlich zählen hierher alle die Personen, die in einem Zustande der Bewusstlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschliessenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit einem anderen Schaden zufügen.

Zieht der Schuldner solche Personen bei Erfüllung seiner Verbindlichkeit zu, so haftet er dem Gläubiger für deren schuldhafte Handlungen oder Unterlassungen nicht aus § 278 BGB., sondern er hat dann für eigene Schuld, für culpa in eligendo einzustehen, also allgemein aus § 276 BGB., sofern nicht nach dem besonderen Schuldverhältnisse eine mildere Haftung eintritt.

Im Gegensatze zum Gehülfen wird Deliktsfähigkeit auf Seiten des Schuldners nicht verlangt. Es genügt, dass dieser fähig war, die Vorbedingungen für die Haftung aus § 278 BGB. zu schaffen, dass er also ein Schuldverhältnis begründen konnte, und sei dies

zum Ersatz verpflichtet, ist selbstverständlich, da ja das Unterlassen nach § 241 BGB. Inhalt der Leistungspflicht sein kann. Vergl. auch R. G. Bd. 63 S. 116—117.

[56]) Ebenso Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens 1899, Bd. II, 2 § 383, II, 2 S. 614. Vergl. auch Endemann a. a. O. Bd. 2 § 200, 1b S. 1257.

auch nur mit Zustimmung oder Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters.

Weiter wird man vom Schuldner im Momente der Bestellung des Gehülfen Willensfähigkeit verlangen müssen, wobei jedoch ein rein tatsächlicher Wille genügen dürfte.

Das Verschulden der Gehülfen ist, wie das Gesetz sagt, vom Schuldner „in gleichem Umfange wie eigenes" zu vertreten.

Hieraus ist zu entnehmen, dass das Gehülfenverschulden an der Person des Schuldners gemessen werden muss und nicht an der des Gehülfen.

Solange der Schuldner, wie es die Regel ist, allgemein Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat, begründet das keinen Unterschied, wird jedoch von Bedeutung, wenn die Haftung des Schuldners nach dem Inhalte des Schuldverhältnisses auf culpa in concreto oder Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit herabgemindert ist.

Trifft in solchen Fällen die Gehülfen ein Verschulden, so hat man nach dem oben aufgestellten Satze stets zu fragen, ob das von den Gehülfen aufgewendete Mass von Sorgfalt genügt, um den Schuldner zu befreien, wenn dieser selbst die Schädigungshandlung vorgenommen hätte.

Die Gehülfen haben dann nur den Grad von Sorgfalt zu beobachten, der vom Schuldner verlangt wird, wobei die diligentia quam suis und grobe Fahrlässigkeit an der Person des Schuldners gemessen wird.[57]

Wir gewinnen also aus diesen Betrachtungen folgendes Resultat: Bleiben die Gehülfen in den Fällen der culpa in con-

---

[57]) So auch die herrschende Meinung. Vergl. Planck a. a. O. § 278 Nr. 5. Endemann a. a. O. § 116 Note 6. Schollmeyer a. a. O. S. 105. Titze a. a. O. S. 91. Kisch a. a. O. S. 106. Feder a. a. O. S. 73. Blau a. a. O. S. 27 ff. Wimmer a. a. O. S. 52. Wertheimer a. a. O. S. 38 ff. Priewe a. a. O. S. 79. Asmis a. a. O. S. 59. Greinert a. a. O. S. 42/43. Wüstendörfer a. a. O. S. 11. Anders Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse § 278, 4 β und Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens 1899 Bd. II,1 § 68 III,f besonders Note 7. Oertmann will für die Feststellung, ob diligentia quam suis beobachtet wurde oder ob grobe Fahrlässigkeit vorlag, stets die Person des Gehülfen massgebend sein lassen, während Dernburg dies nur bei der Feststellung der diligentia quam suis gutheisst.

creto unter der Sorgfalt, die der Schuldner in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, so haftet dieser, nicht jedoch, wenn sie diese Sorgfalt erreichen,[58] und haben sie in den Fällen, wo der Schuldner nur für grobe Fahrlässigkeit einzustehen hat, grob fahrlässig gehandelt, so trifft diesen die Verantwortlichkeit hierfür, nur leicht fahrlässiges Handeln der Gehülfen könnte ihn befreien.[59]

Dieses Ergebnis wird für die Fälle der culpa in concreto ausdrücklich durch das Gesetz bestätigt, was ein Blick auf die §§ 690, 691, 713, 664 BGB. lehrt.

Nach § 690 BGB. hat der unentgeltliche Verwahrer nur für die Sorgfalt einzustehen, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

Der § 691 BGB. bestimmt dann, dass jeder Verwahrer, also auch der unentgeltliche, für Verschulden seiner Gehülfen nach § 278 BGB. verantwortlich ist.

Ein zweites Mal spricht der Gesetzgeber diese Folge für den geschäftsführenden Gesellschafter indirekt dadurch aus, dass er im § 713 BGB. bestimmt, dass auf die Rechte und Pflichten desselben die Vorschriften der §§ 664—670 Anwendung finden sollen.

Was hier für zwei Schuldner, die nur für culpa in concreto haften, ausgesprochen ist, muss aber allgemein gelten und nicht nur für die Fälle der culpa in concreto, sondern auch für die, in denen der Schuldner nur für culpa lata haftet; denn die Statuierung einer Haftung nur für culpa lata beruht auf der gleichen Erwägung, wie die für culpa in concreto, nämlich auf der Erwägung, den Schuldner durch die Haftungsminderung etwas freier zu stellen.

---

[58]) Ebenso Planck a. a. O. § 278,5. Kuhlenbeck a. a. O. § 278 II. Enneccerus a. a. O. § 267 II,4. Titze a. a. O. S. 91. Schollmeyer § 278,2. Staub a. a. O. Exkurs zu § 58 Anmerkung 27. Endemann a. a. O. § 116 Anmerkung 6. Kisch a. a. O. S. 105. Fischer-Henle § 278 Nr. 4. Crome a. a. O. S. 119. Eck a. a. O. S. 276.

[59]) Ebenso Matthiass a. a. O. § 83 II B. Planck a. a. O. § 278,5. Endemann a. a. O. § 116, Anmerkung 6. Enneccerus a. a. O. § 267 II,4. Isay a. a. O. S. 379. Crome a. a. O. S. 119. Staub a. a. O. Exkurs zu § 58 Anmerkung 27. Schollmeyer a. a. O. S. 105. Blau a. a. O. S. 26. Feder a. a. O. S. 70. Kisch a. a. O. S. 105. Titze a. a. O. S. 91. Hoffmann a. a. O. S. 206. Priewe a. a. O. S. 77. Asmis a. a. O. S. 59. Redlich a. a. O. S. 58. Eck a. a. O. S. 276.

Unsere Ansicht ist freilich nicht unbestritten.

Die Anhänger der Gegenmeinung, von denen besonders Nussbaum,[60] Schütz,[61] Dernburg[62] und Redlich[63] genannt sein mögen, sind zunächst darüber einig, dass entgegen unserer Ansicht der Schuldner in den Schuldverhältnissen, in denen er nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit einzustehen hat, für Gehülfenverschulden überhaupt nicht haftet. Nussbaum und Schütz gehen dann noch einen Schritt weiter und verneinen eine Haftung des Schuldners auch in den Fällen der culpa in concreto.

Man operiert neben Billigkeitserwägungen besonders mit dem Nussbaumschen Argument:[64] „Die beiden letztgedachten Haftungsarten" — gemeint sind die Fälle der culpa in concreto und culpa lata — „stellen sich als eine Erleichterung gegenüber der regelmässig vom Schuldner verlangten „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt" dar. Dieser Haftungsmodus erscheint nun aber seinerseits wieder als ein minus gegenüber der ausserordentlichen Haftung für Gehülfen. Um wie viel mehr muss der, welcher nicht einmal für jedes eigene Verschulden einzustehen hat, von der unbedingten Verantwortlichkeit für Hülfspersonen befreit sein."

Man kann den Satz so weit unterschreiben, als darin gesagt ist, die Haftungsarten der culpa lata und culpa in concreto stellen sich als eine Erleichterung gegenüber der regelmässig geforderten „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt" dar. Abzulehnen ist dagegen Nussbaums nächste Folgerung, dass die vom Schuldner verlangte „im Verkehr erforderliche Sorgfalt" gegenüber der „ausserordentlichen Haftung für Gehülfen" ein minus ist. Wie es allgemeiner obligationenrechtlicher Grundsatz ist, dass der Schuldner für sein eigenes Verschulden einsteht, so ist es auch allgemeiner Grundsatz, dass der Schuldner für Gehülfen einsteht. Von einem minus und plus kann man da nicht sprechen. Die Haftung für

---

[60]) Nussbaum a. a. O. S. 88 ff.

[61]) Schütz a. a. O. S. 39.

[62]) Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens 1899 Bd. 2,1 § 68 III f besonders Anmerkung 7.

[63]) Redlich a. a. O. S. 59.

[64]) Nussbaum a. a. O.

Gehülfen hat durchaus nichts Ausserordentliches an sich, sondern ist ebenso selbstverständlich, wie die Haftung für sich selber.

Gegen die von uns bekämpfte Meinung spricht auch der Umstand, dass im § 278 BGB. die Haftung für den gesetzlichen Vertreter der für Gehülfen gleichgestellt ist. Nun werden sich wohl aber die Gegner kaum dazu verstehen, in den hier in Betracht kommenden Fällen auch die Haftung für den gesetzlichen Vertreter fortfallen zu lassen.[65] Will man aber dies nicht, so darf man es auch nicht bei der Haftung für Gehülfen; denn der gesetzliche Vertreter ist im § 278 BGB., wie wir früher schon ausführten, lediglich in seiner Gehülfeneigenschaft aufgeführt.

Es kann nach diesen Ausführungen keinem Zweifel unterliegen, dass die gegnerische Ansicht irrig ist.

Der Fassung des Gesetzes wird man eben nur gerecht, wenn man den Schuldner auch bei gemindertem Haftungsmassstab für seine Gehülfen eintreten lässt; denn weshalb wäre sonst im § 278 BGB. bestimmt, der Schuldner hat das Verschulden der Gehülfen zu vertreten „in gleichem Umfange wie eigenes?"

c) Ausschluss der Haftung.

Im Verlaufe der Arbeit wurde bereits der Fälle gedacht, in denen kraft Gesetzes die Haftung des Schuldners für seine Gehülfen ausgeschlossen ist.[66] Hier ist der Ort, darauf hinzuweisen, dass ein solcher Ausschluss der Haftung auch auf Parteiabrede beruhen kann; denn der § 278 BGB. ist dispositiver Natur, wie aus Satz 2 derselben Vorschrift hervorgeht, welcher bestimmt, dass die Bestimmung des § 276 Abs. 2 BGB. keine Anwendung finden soll.

Damit ist also gesetzlich festgelegt, dass die Haftung des Schuldners für Vorsatz seiner Gehülfen im voraus vertraglich ausgeschlossen werden kann.

---

[65]) Vergl. Feder a. a. O. S. 71.
[66]) Vergl. S. 72.

Dasselbe muss aber auch für Fahrlässigkeit der Gehülfen gelten; denn abgesehen davon, dass der Schluss a maiore ad minus [67] zu dieser Annahme berechtigt, geht das daraus hervor, dass der Schuldner, dem die Haftung für eigene Fahrlässigkeit erlassen werden kann (argumentum e contrario aus § 276 Abs. 2 BGB.), das Verschulden der Gehülfen „in gleichem Umfange wie eigenes" zu vertreten hat.

Dieser der Parteiwillkür überlassene Ausschluss der Haftung und zwar sowohl für Vorsatz [68] als auch für Fahrlässigkeit, ist vom Standpunkte der ausgleichenden Gerechtigkeit nur zu billigen, wird doch dadurch manche Härte, die besonders in den Fällen, wo der Schuldner selbst nur für culpa lata haftet — ich denke hier speziell an die Haftung des Schenkers und Finders — unvermeidlich ist, wieder gutgemacht. Ja, man ist geradezu versucht, anzunehmen, dass in erster Linie solche Erwägungen rechtspolitischer Natur den Gesetzgeber zur Aufnahme der Vorschrift des § 278 Satz 2 veranlasst haben.

Bei der Prüfung der Gültigkeit einer solchen Haftungsausschlussabrede wird aber immer darauf besonders zu achten sein, dass der Vertrag nicht entgegen den guten Sitten, insbesondere unter Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit „eines Anderen" (hier des Gläubigers) abgeschlossen wurde, was nach § 138 BGB. Nichtigkeit zur Folge hätte.

Endemann will weiter den Haftungsausschluss überall dort nichtig sein lassen, wo es sich um öffentliche Interessen handelt.[69] Das geht jedoch u. E. zu weit und entspricht wohl auch kaum dem vom BGB. sonst vertretenen Grundsatz in dubio contra fiscum.

Dagegen muss man das dem Schuldner die Haftung erlassende Rechtsgeschäft immer dann für nichtig erklären, wenn es nach § 134 BGB. gegen ein gesetzliches Verbot verstösst.

---

[67]) So Wüstendörfer a. a. O. S. 11 und Redlich a. a. O. S. 61.

[68]) Dass der Ausschluss der Haftung für Vorsatz der Gehülfen unter Umständen der Billigkeit mehr entspricht, wie der für Fahrlässigkeit, darüber siehe das Beispiel bei Breitenstein S. 39 Note 2.

[69]) Vergl. Endemann a. a. O. S. 655 Note 13.

Ein solcher Fall läge vor, wenn dem Dienstberechtigten die Haftung für Vorsatz oder Fahrlässigkeit der Gehülfen, deren er sich zur Erfüllung der ihm nach den §§ 617, 618 BGB. obliegenden Pflichten bedient, im voraus erlassen würde. In diesem Haftungsausschluss hätte man dann eine den § 619 BGB., also einem gesetzlichen Verbot zuwiderlaufende Beschränkung der Verpflichtungen des Dienstberechtigten zu sehen. Es müsste also der § 134 BGB. Anwendung finden, d. h. das Haftungsausschlussrechtsgeschäft wäre nichtig.

Zu erwägen wäre noch, ob man für den Ausschluss der Haftung im konkreten Falle eine ausdrückliche Vereinbarung zu erfordern hat oder ob auch ein stillschweigender Vertrag genügt? Fischer[70] nimmt das letztere an und meint, es sei kein Grund einzusehen, weshalb nicht auch dieser Vertrag, wie jeder andere, stillschweigend geschlossen werden könne. Allein, gerade aus dem von Fischer als „geringfügige Abweichung“ angeführten Fall des § 701 Abs. 3 BGB., wonach ein von einem Gaste gelesener und stillschweigend hingenommener Anschlag des Wirtes, dass er die Haftung aus § 701 Abs. 1 und 2 BGB. ablehne, nicht die gewöhnliche einen stillschweigenden Vertrag begründende Wirkung hat, geht u. E. der Gedanke des Gesetzgebers mit aller Deutlichkeit hervor. Es soll eben in den Fällen, wo aus Gründen der Verkehrssicherheit das Kulpaprinzip durchbrochen wurde, wo also dem „Anderen“ ein erhöhter Schutz gewährt werden sollte, nicht aus vielleicht rein äusserlichen Gründen auf Erlass der Haftung geschlossen werden. Im § 701 BGB. ist daher eine besondere dahingehende Bestimmung aufgenommen worden. Der Analogieschluss auf § 278 BGB. kann bei der Gleichheit des Grundes nicht schwer fallen.

---

[70]) Vergl. Fischer a. a O. S. 42.

Vierter Abschnitt.

§ 4.

Das Geltungsgebiet der §§ 278 und 831 BGB.

Die Frage, in welchem Verhältnis die §§ 278 und 831 BGB. zu einander stehen, wurde bisher nur gestreift, gleichwohl kann sie nicht umgangen werden; denn intra et extra muros wird darüber gestritten.

Im § 831 sowohl wie im § 278 BGB. erfolgt die Schädigung durch eine zu „einer Verrichtung" bestellte Person; denn auch die Erfüllung einer Verbindlichkeit ist eine Verrichtung.

Im übrigen weisen die Paragraphen bedeutsame Unterschiede auf.

Während durch § 278 BGB. nur eine Haftung dem Gläubiger gegenüber statuiert wird, schützt der § 831 BGB. jeden Dritten, geht also weiter. Andrerseits geht wieder § 278 BGB. über § 831 BGB. hinaus und setzt subjektives Verschulden[1] der Gehülfen voraus, während der § 831 BGB. davon absieht. Das hängt damit zusammen, dass der Schuldner im § 278 BGB. für fremde Schuld haftet, der Geschäftsherr im § 831 BGB. dagegen für eigene. Weitere Unterschiede treten bezüglich des Umfanges der Haftung hervor.

Der Schuldner haftet im § 278 BGB. nur „in gleichem Umfange" wie für „eigenes" Verschulden, der Geschäftsherr im § 831 BGB. dagegen unbeschränkt.

Zu erwähnen ist noch, dass die Haftung im § 278 BGB. im voraus ausgeschlossen werden kann, der § 831 BGB. bestimmt hingegen nichts Derartiges.

Diese kurz aufgedeckten Unterschiede lassen erkennen, dass von einem Über- oder Unterordnungsverhältnis, wie es durch die

---

[1]) Nicht erforderlich ist es dagegen, dass die Schädigungshandlung der Gehülfen im § 278 BGB. objektiv widerrechtlich ist.

in der Literatur in der Frage der Abgrenzung des § 278 BGB. von dem § 831 BGB. viel verwendeten Ausdrücke lex generalis (§ 831 BGB.) — lex specialis (§ 278 BGB.), oder lex specialis (§ 831 BGB.) — lex generalis (§ 278 BGB.) angedeutet wird, zwischen beiden Paragraphen keine Rede sein kann. Nur in dem Falle könnte man das Verhältnis der §§ 278 und 831 BGB. mit diesen Ausdrücken kennzeichnen, wenn bei an sich gleichen Tatbeständen beider Paragraphen der eine über das Geltungsgebiet des anderen an ganz bestimmter Stelle hinausginge, oder umgekehrt. Das trifft indessen, wie unsere Ausführungen ergaben, nicht zu, und somit sind obige Ausdrücke abzulehnen.

Um nun die richtige Grenzlinie zwischen beiden Bestimmungen zu ziehen, erinnern wir uns, dass der § 278 BGB. nur dann zur Anwendung kam, wenn es sich um kontraktliches Verschulden handelte, was wiederum daran zu erkennen war, ob die Schädigungshandlung der Gehülfen bei eigener Begehung durch den Schuldner sich als eine Verletzung der diesem aus der Obligation dem Gläubiger gegenüber obliegenden Pflichten darstellte.

Wenn man dies fest im Auge behält, dann macht die Abgrenzung des Geltungsgebiets der §§ 278 BGB. und 831 BGB. keine Schwierigkeiten mehr.

Man hat nur zu prüfen, ob kontraktliches oder deliktisches Verschulden vorliegt.

Kommt man bei der Untersuchung nach der angegebenen Richtung zu dem Schlusse, dass vertragliches Verschulden in Betracht kommt, so richtet sich die Haftung für die Gehülfen nach § 278 BGB. und nur nach diesem, selbst dann, wenn die Obligationsverletzung sich gleichzeitig unter dem Gesichtspunkt des Delikts betrachten lässt, und die Anwendung des § 831 BGB., da die Erfüllung der Verbindlichkeit stets auch eine Verrichtung ist, zu erwägen wäre. Das kontraktliche Verschulden konsumiert eben das deliktische. Von einer Konkurrenz der Ansprüche kann keine Rede sein.

In allen anderen Fällen, wenn also durch die schuldhafte Handlung der Gehülfen (sc. durch den Schuldner begangen) die Obligation nicht verletzt wird, sondern irgend ein beliebiger Dritter, oder auch der Gläubiger — jedoch nicht in seiner Eigenschaft als Gläubiger — geschädigt wird, liegt deliktisches Verschulden vor. Die Folge ist Haftung aus § 831 BGB. unter dessen besonderen Voraussetzungen.

Wir kommen also zu dem Schlusse, dass weder § 278 BGB. die Ausnahme von der Regel des § 831 BGB. ist noch § 831 BGB. die Ausnahme von der Regel des § 278 BGB.; sondern beide Paragraphen haben ihr Feld für sich, jeder ist dem andern gleichberechtigt, jeder ist Herrscher in seinem Gebiet.